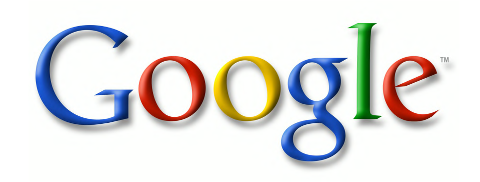
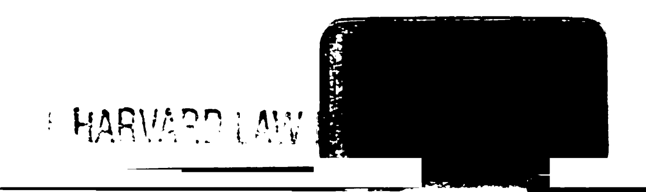
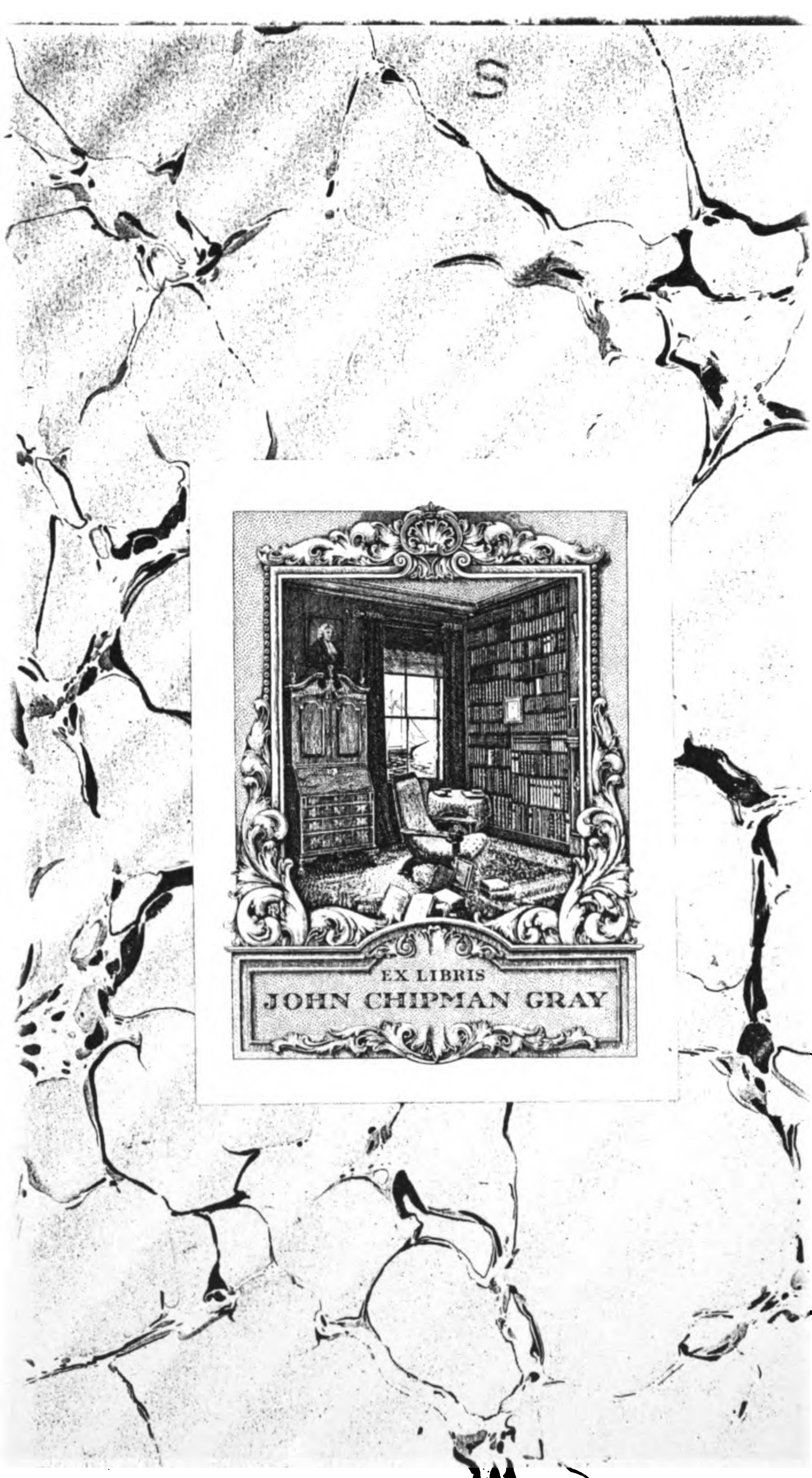

Google


HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 053 182 416




HARVARD LAW


EX LIBRIS
JOHN CHIPMAN GRAY

DE LA
DÉCLARATION DE VOLONTÉ

DE LA
DÉCLARATION DE VOLONTÉ

CONTRIBUTION A L'ÉTUDE DE L'ACTE JURIDIQUE
DANS LE CODE CIVIL ALLEMAND

(Art. 116 à 144)

PAR

Raymond SALEILLES
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

PARIS
LIBRAIRIE COTILLON
F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR
LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT ET DE LA SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE
24, RUE SOUFFLOT, 24

1901

ERRATA

P. 20, l. 12, au lieu de : *Déclacation*, lire : *Déclaration*.

P. 23, l. 26, au lieu de : *ce point*, lire : *le point*.

P. 129, l, 10 et l. 16, au lieu de : *Message*, lire : *Messager*.

P. 136, l. 7, au lieu de : *et l'offre*, lire : *de l'offre*.

P. 141, l. 7 et l. 16, au lieu de : *usagers*, lire : *usages*.

P. 145, l. 19, au lieu de : *§ 3*, lire : *§ 4*.

P. 153, l. 36, — *§ 4*, — *§ 5*.

P. 171, l. 21, — *§ 5*, — *§ 6*.

P. 172, l. 36, — *§ 6*, — *§ 7*.

P. 192, l. 32, — *art. 176-178*, lire : *art. 193-195*.

— l. 36, — *art. 161, 164 § 2, 175*, lire : *art. 175, 179 § 2. 192*.

P. 193, l. 5, — *art. 157, art. 171 § 3*, lire : *art. 174, art. 189*.

— l. 6, — *art. 158, art. 172*, lire : *art. 172, art. 201*.

— l. 13, — *art. 157, art. 167 § 2*, lire : *art. 167 § 2*.

P. 194, l. 15, — *art. 187 et suiv.*, lire : *art. 204 et 209*.

P. 195, l. 11, — *que*, lire : *qui*.

P. 203, l. 31, — *conclura*, lire : *conclure*.

P. 206, l. 19, — *Pourvu qu'il arrive*, lire : *pourvu qu'il n'arrive pas*.

P. 251, l. 4, — *Dépositions*, lire : *dispositions*.

P. 269, l. 7, — *§ 3*, lire : *§ 2*.

P. 276, l. 36, — *§ 4*, — *§ 3*.

P. 281, l. 30, — *§ 5*, — *§ 4*.

P. 291, l. 38, — *§ 6*, — *§ 5*.

P. 362, l. 35, après : *son droit à l'annulation*, ajouter : *ou plutôt avec obligation de les établir elle-même*.

P. 367, l. 40, au lieu de : *pusise*, lire *: puisse*.

P. 369, l. 8, — *elle soit opposable*, lire : *le jugement à intervenir soit opposable*.

PRÉFACE

Ce livre a une très petite histoire, qui en explique la genèse, et surtout les imperfections.

Le Comité de Législation étrangère du Ministère de la Justice m'ayant fait l'honneur de me charger, en collaboration avec d'autres collègues, de la traduction du nouveau Code civil allemand, j'ai eu à m'occuper, pour ma part, de la *Partie Générale*, qui forme le début du Code civil. Cette Partie générale comprend la théorie des actes juridiques; et celle-ci se trouve presque tout entière, en mettant à part la matière des incapacités, condensée dans ce que le droit allemand appelle la *Théorie de la Déclaration de volonté*.

Il ne s'agit pas là seulement d'une étude juridique de la volonté, et des vices de la volonté, correspondant à la théorie analogue, élaborée par le droit français, en ce qui touche le consentement et les vices du consentement.

Il s'agit d'une thèse scientifique, qui domine toute la conception de l'acte juridique et tout le domaine des transactions d'ordre économique. La question est de savoir, au point de vue du crédit et au point de vue des tiers, quelle est, pour celui qui fait une déclaration juridique, la responsabilité résultant de sa déclaration, et au sujet de cette déclaration elle-même. Dans quelle mesure va-t-il être obligé de

subir l'interprétation normale de sa propre déclaration, même si le sens apparent ne correspond pas au sens réel? Dans quelle mesure va-t-il être obligé de maintenir sa déclaration, même s'il a été victime d'une erreur? Et, enfin, s'il l'annule, dans quelle mesure va-t-il être obligé à réparer le dommage causé par la nullité qui provient de son fait? Toutes questions qui supposent un conflit qui s'élève entre la volonté apparente et la volonté réelle; mais qui impliquent, surtout, que ce conflit n'est pas toujours, et forcément, tranché en faveur de la volonté réelle. Il y a là toute l'ébauche d'une théorie du risque contractuel, en matière d'actes juridiques.

Toutes ces idées répondent, plus que jamais, aux nécessités du crédit, aux exigences de la loyauté et aux conceptions de la vie moderne. Elles se présentent sur un terrain qui a toujours été reconnu comme étant celui où l'interprétation est le plus libre; parce qu'il s'agit, d'une part, de conceptions rationnelles, et que celles-ci sont livrées à toutes les transformations de l'évolution doctrinale, et qu'il s'agit, d'autre part, de conceptions reposant sur de libres créations de la volonté et des usages, lesquelles progressent, changent et se transforment.

Sur tous ces points, par conséquent, il n'y a que profit à retirer des données du droit comparé. Je ne veux pas dire, à coup sûr, qu'elles doivent se faire accepter, d'emblée, et en bloc; je dis simplement qu'il n'est pas permis de les ignorer. Et je suis persuadé, d'autre part, quand on les aura analysées, discutées, et qu'on se les sera appropriées, qu'il pourra ressortir de là toute une mise au point et toute une transformation de notre droit français.

Il en est du droit français comme de la langue française. Il est fait pour donner droit de cité aux idées qui ont une valeur universelle; elles ne prennent cette valeur d'universalité que lorsqu'il les a marquées au coin de ses formules claires, précises, dégagées de toute théorie inutile, orientées vers le pur côté pratique des choses. Or, il s'agit de savoir aujourd'hui si, en face de certaines idées vers lesquelles toutes les législations paraissent s'orienter, le droit français saura garder son rôle à la tête du progrès juridique universel, ou s'il passera l'hégémonie à d'autres.

Et quand je parle du droit français, je ne fais allusion, bien entendu, à aucune réforme législative. La matière des actes juridiques est de celles qui sont à peine du domaine de la loi. C'est à la doctrine à prendre la tête du mouvement; la jurisprudence suivra. Nous n'avons que faire, sur un pareil terrain, de la rigidité des formules légales.

M'inspirant de ces idées, j'ai donc voulu étudier à fond, pour moi-même seulement, et en vue de préparer les notes très abrégées qui accompagneront cette partie de notre Traduction, toute cette théorie allemande qui va de l'art. 116 à l'art. 144 du nouveau Code civil.

Au fur et à mesure de mes lectures, bien des questions se posaient à mon esprit. J'ai essayé de les examiner, je ne dis pas de les résoudre, mais d'en approfondir la portée juridique et pratique; et tout cela un peu sans ordre, au hasard des études et commentaires de toutes sortes que je pouvais me procurer, au hasard quelquefois de certains renseignements qui me venaient de Maîtres éminents des

universités allemandes. Il s'est trouvé ainsi que bien des problèmes se sont trouvés étudiés en dehors de la place qui leur revenait, que d'autres ont été en quelque sorte scindés et exposés en plusieurs fois, sans trop d'art ni de méthode.

Ce n'est pas un livre que je composais; c'étaient des notes que je résumais pour mon instruction personnelle, une sorte d'analyse pénétrante que je faisais peu à peu, en suivant, en quelque sorte, l'entraînement de ma pensée.

Il m'a semblé, après coup, lorsque ces notes furent achevées, que le profit que j'en aurais retiré moi-même, d'autres pourraient l'y trouver également. Je me suis dit, après tout, qu'un livre de science ne valait pas seulement par l'harmonieuse disposition de son plan et l'élégance de sa forme, qu'il valait surtout par le stock d'idées neuves qu'il pouvait contenir, et que d'autres sauraient présenter, pour les accepter ou les combattre, peu importe, sous un aspect plus accessible et dans un ordre plus méthodique.

Pour faire un vrai livre de ce qui n'était qu'un recueil de notes personnelles, il m'aurait fallu un assez long temps, plus de temps, en tous cas, que ce dont je pouvais disposer.

Il fallait courir le risque, ou bien de sacrifier un peu, sinon beaucoup, de la vanité d'auteur, ou bien de ne pas communiquer au public français bien des idées dont j'étais persuadé que la science et la pratique du droit pouvaient et devaient faire leur profit.

C'est ce second parti que j'ai choisi.

J'ajouterai que la pensée de ce livre m'est surtout venue après avoir assisté, au mois d'août dernier, au

Congrès de Droit comparé, organisé à Paris par la Société de Législation comparée.

A la suite de communications qui nous étaient venues de Maîtres illustres, ou d'échanges de vues que j'avais pu avoir avec eux, — et pourquoi ne nommerais-je pas, en ce qui concerne le droit privé, des hommes éminents, tels que sir Frederick Pollock, Sohm, Kohler, Gierke, Zitelmann, Otto Lenel, Chironi, Huber? — il m'a semblé que le moment était venu de tenter, sur un des points où il est le plus facile, cet essai de compénétration des droits et législations parallèles, dont il a été si éloquemment parlé au Congrès.

Je mets donc ces simples notes sous le patronage de tous ceux qui ont été les promoteurs du Congrès de droit comparé de 1900, M. Georges Picot, président du Congrès, et avec lui tous les Maîtres ou praticiens, francais et étrangers, qui ont bien voulu s'unir, en vue de constituer une science définitive du droit comparé.

R. Saleilles.

ABRÉVIATIONS

P.[1] désigne le premier Projet publié par la première Commission.

P.[2] — le second Projet, publié par la seconde Commission, sous sa première forme.

P.[3] — le second Projet, publié par la seconde Commission, sous sa forme révisée, et tel qu'il fut soumis au *Bundesrath*.

P.[4] — le Projet définitif, tel qu'il fut accepté par le Bundesrath, et soumis au *Reichstag*.

L. INTR. [1] — la Loi d'introduction, d'après le premier Projet.

L. INTR. [2] — la Loi d'introduction, d'après le second Projet.

L. INTR. — la Loi d'introduction, dans son texte définitif.

M. — les *Motive*, Motifs officiels du premier Projet.

PR. — le *Protokole*, ou Compte-rendu des séances de la seconde Commission.

DENK. — *Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B.*; Mémoire présenté au Reichstag et accompagnant le Projet définitif (P[4]).

BER. — *Bericht der Reichstag-Kommission*; Rapport de la Commission du Reichstag sur le Projet de Code civil.

R. BER. — *Reichstags-Berathung*; Compte-rendu sténographique de la Discussion en séances du Reichstag.

C. PR. — le Code de Procédure civile allemand (*Civilprozessordnung*), sous sa forme révisée de 1898.

C. CCE — le Code de Commerce allemand (*Handelsgesetzbuch*), sous sa forme révisée de 1897.

A. C. CCE — l'ancien Code de commerce allemand de 1869.

KONK. ORDN. — *Konkursordnung*; la Loi des faillites, sous sa forme révisée de 1898.

FREI. GER. — *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, la Loi sur la Juridiction gracieuse de 1898.

AUSFÜHR. GES. — *Ausführung Gesetz*, Loi d'exécution du Code civil pour un État particulier.

GIERKE. ENTW. — *Gierke*, *Entwurf*, la Critique de Gierke sur le premier Projet.

Gierke. D. P. R.	désigne	*Gierke, Deutsches Privat Recht*; l'ouvrage de Gierke sur le Droit privé allemand, dont le premier volume seul a paru.
Wind.	—	*Windscheid, Pandekten*; les Pandectes de Windscheid, d'après la 8e édition, publiée par Th. Kipp.
Dern.	—	*Dernburg, Pandekten*; les Pandectes de Dernburg (5e édition).
Reg.	—	*Regelsberger, Pandekten*; les Pandectes de Regelsberger (1er vol.).
Pl.	—	*Planck, Bürgerliches Gesetzbuch*; le grand Commentaire du Code civil, publié sous la direction de Planck.
Ende.	—	*Endemann, Einführung in das Studium des B. G. B.*; le Manuel d'Endemann sur le Code civil (t. Ier).
Cos.	—	*Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*; le Manuel de Cosack sur le Code civil.
Ennec.	—	*Enneccerus und Lehmann, Das Bürgerliche Recht*; l'ouvrage d'Enneccerus et Lehmann sur le Droit civil (1er vol., 2e éd.).
Höld.	—	*Hölder, Kommentar zum allgemeinen Theil des B. G. B.*; le Commentaire de Hölder sur la Partie générale du Code civil.
Leonh.	—	*Leonhard, Der allgemeine Theil des B. G. B.*; l'ouvrage de Leonhard sur la Partie générale du Code civil.
Kuhlenb.	—	*Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch*; ouvrage de Kuhlenbeck en 3 volumes.
Hachenburg.	—	L'ouvrage de Hachenburg, *Das B. G. B. für das deutsche Reich (vortrage)*.
Crome	—	*Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts*; l'ouvrage de Crome sur le Droit civil allemand.
Sal.	—	*Saleilles*, Théorie de l'obligation d'après le Projet de Code civil allemand.
Iher. Iahr.	—	*Iherings-Iahrbücher*; la Revue fondée par Ihering.
Archiv. f. civ. Pr.	—	l'*Archiv für civilistische Praxis*.
Bull.	—	le Bulletin de la Société de législation comparée.
Ann.	—	l'Annuaire étranger de la Société de législation comparée.

CODE CIVIL POUR L'EMPIRE ALLEMAND

LIVRE PREMIER

SECTION TROISIÈME

TITRE DEUXIÈME

DE LA DÉCLARATION DE VOLONTÉ

1. Le titre II de la troisième Section de la Partie générale traite des conditions sous lesquelles la volonté peut avoir pour résultat de produire un effet de droit. Et pour cela il ne suffit pas d'un acte de volition interne, alors même que cette volonté aurait pour but immédiat un résultat juridique à atteindre. Il faut que cette volonté se soit traduite par une manifestation extérieure, ayant une valeur juridique positive : de là le nom de Déclaration de volonté, donné à toute volonté se manifestant extérieurement en vue d'un résultat juridique à réaliser; qu'elle doive le produire à elle seule, par voie de déclaration unilatérale de volonté, ou qu'elle exige une autre déclaration concordante venant concourir avec elle, peu importe. Toutefois, on pourrait se demander si l'expression de Déclaration de volonté n'est pas susceptible de prêter à équivoque, en ce sens qu'elle semblerait impliquer une volonté personnellement déclarée, c'est-à-dire adressée à la personne qu'elle concerne ou qu'elle intéresse; alors que, d'après le nouveau Code civil, et c'est même l'une des distinctions fondamentales qu'il consacre en cette matière, il y a des déclarations de volonté qui n'ont pas besoin d'être adressées directement à l'inté-

ressé, ni reçues par lui (art. 130). Aussi semblerait-il que le mot manifestation de volonté eût été plus exact. Peut-être aurait-il eu l'inconvénient de laisser croire, comme on l'a parfois soutenu, que la manifestation extérieure de la volonté interne, en tant que volonté juridique, n'ait d'autre but que de faire connaître cette volonté, de telle sorte que tout fait, en prenant ce mot au sens très large, susceptible de comprendre même une attitude passive, donc le silence de la partie intéressée, qui eût pour effet de faire connaître la volonté de cette dernière, en tant que volonté dirigée vers un résultat juridique, fût un acte de volonté ayant une valeur positive reconnue par le droit; alors que, dans la théorie qui paraît l'emporter aujourd'hui (Rec., § 136, p. 193), la manifestation, en ce qui touche la volonté juridique, n'est pas seulement un moyen de faire connaître ce que veut la partie intéressée, donc, en quelque sorte, un procédé de publicité, mais un élément nécessaire pour donner une valeur juridique positive à l'acte de volition. Pour que la volonté soit de nature à produire un effet de droit, il ne faut pas seulement qu'elle soit dirigée vers ce résultat juridique et qu'elle l'ait eu pour objectif; il ne faut pas seulement, en outre, qu'elle se soit révélée par un fait ou par une attitude extérieure; il faut qu'elle ait voulu se produire extérieurement comme volonté constitutive de droit. Et le mot Déclaration de volonté implique cet élément nouveau, qui consiste dans un but de manifestation juridique, non seulement d'irrévocabilité juridique, mais, si l'on peut ainsi dire, de production, ou d'efficacité, juridique.

2. Ce qui ne veut pas dire que ce but d'efficacité juridique ne puisse être atteint que par un procédé de déclaration expresse, individuellement adressée à l'intéressé. Tout d'abord, il est certain qu'il peut y avoir des déclarations de volonté, non seulement qui ne s'adressent à personne en particulier, mais qui n'ont pas forcément pour but de parvenir à la connaissance d'un tiers intéressé, ou tout au moins qui doivent produire leur effet indépendamment de toute préoccupation de ce genre; et d'ailleurs le Code civil a expressément consacré cette distinction (art. 116 et suiv., art. 130). Mais, il n'est même pas indispensable, pour qu'il y ait manifestation de volonté produisant efficacité, que la déclaration soit expresse; il suffit que l'acte, ou l'attitude par laquelle elle se manifeste, se présente à l'extérieur comme impliquant réalisation d'une volonté juridique interne; et ce caractère peut être attribué à une manifestation de volonté tacite, aussi bien qu'à une volonté expresse. Même tout porte à croire que le Code civil n'attache

plus aucune valeur positive à la distinction traditionnelle entre déclaration expresse ou tacite.

3. Sans doute, le premier projet (art. 72 P[1]) avait cru devoir poser en principe que la déclaration de volonté pouvait être expresse ou tacite, ce qui voulait dire avant tout que, partout où il s'agissait de déclaration de volonté, et en tant que la loi n'exigeait pas une déclaration expresse, la déclaration tacite avait la même valeur; et ce n'était là qu'une formule doctrinale qui n'était guère à sa place dans un code (cf. Hölder, *Zum allegemeinen Theile des Entwurfes*, dans *Arch. f. civ. Pr.*, t. 73, p. 66; Zit., *R. G.*, p. 92; Isay, *Willenserklärung*, p. 30). Mais, en outre, le premier projet attribuait à cette distinction certaines conséquences pratiques, dont celle de l'art. 74 P[1], en ce qui touche la détermination, pour les déclarations visant un tiers, celles qui doivent être adressées à l'intéressé, du moment où elles produiront leurs effets : on exigeait, si elles étaient expresses, qu'elles fussent reçues par l'intéressé, système de la réception (not. sur art. 130); mais, si elles étaient tacites, on exigeait, en outre, que celui-ci en eût pris connaissance, système de la perception. Et l'on revenait ainsi à toutes les incertitudes, si vivement mises en relief par la doctrine, relativement au critérium à admettre entre les deux catégories. Beaucoup voulaient que la déclaration expresse fût celle qui donne une expression directe de la volonté qu'elle recouvre, tandis qu'il n'y aurait que déclaration tacite au cas d'expression indirecte; c'était la théorie de Savigny. Mais il faudrait alors définir ce qu'il faut entendre par expression directe et indirecte; et il serait facile d'en conclure qu'une déclaration écrite, mais dont le sens exact ne se révélerait que par voie d'interprétation, ne serait qu'une manifestation tacite de volonté (cf. Fl., p. 163). Aussi les deux systèmes les plus suivis actuellement étaient-ils ceux qui distinguent entre l'élément subjectif et l'élément objectif de la déclaration de volonté. D'après le premier, il faudrait rechercher si l'auteur de la déclaration a eu l'intention spéciale, en outre du résultat qu'il voulait atteindre, de donner une forme extérieure et publique à sa volonté, donc, si la déclaration proprement dite a été le but de la manifestation qu'il a faite de sa volonté; ce que l'on désigne encore quelquefois par l'idée de pluralité de buts, le déclarant ayant eu un double but, celui d'atteindre un résultat de droit et celui, en outre, de l'atteindre par un acte ayant le caractère d'une manifestation de publicité. Il aurait eu la volonté de faire une déclaration; et peu importeraient alors les procédés employés. Toute attitude,

même en dehors des procédés de manifestation courante de la pensée, tels que la parole ou l'écriture, d'où pourrait s'induire la volonté du déclarant, pourvu qu'elle impliquât cette intention de déclaration, serait alors une déclaration expresse. (Bekker, *Pandek*, II, (1889), p. 68, suiv; cf. End., p. 268, not. 8; et Isay, *loc. cit.*, p. 33.) Mais ce système ne peut plus guère se soutenir dans la conception générale qui exige déjà, pour qu'il y ait déclaration de volonté, une volonté dirigée dans le sens de cette déclaration, sinon une volonté réelle, du moins une volonté impliquée et révélée, d'après les usages de la vie courante, par les actes qui l'expriment. Dans cette conception, toute déclaration de volonté révélerait déjà en elle cette volonté apparente. Et alors il ne reste plus que le système objectif de Zitelmann (*Irrthum*, p. 261, suiv., et *R. G.*, p. 93), qui s'en tient aux procédés employés, et fait rentrer parmi les actes de déclaration expresse, tous les procédés qui, d'après les usages de la vie, sont considérés comme étant destinés à la manifestation de la pensée et de la volonté, non seulement l'écriture et la parole, mais certains signes habituels ou convenus; et de même faudrait-il tenir compte des usages existant entre les parties, de telle sorte que, même dans ce système objectif, le silence, lorsque cette solution résulterait d'habitudes courantes entre les parties, pourrait constituer une déclaration expresse de volonté. Mais précisément, à raison de cet élément conventionnel, impossible à éliminer de la définition, a-t-on pu ramener de plus en plus les deux termes de la distinction à l'unité, de telle sorte qu'on tendrait à reconnaître qu'entre ces deux sortes de déclarations, il n'y aurait aucune différence fondamentale, mais qu'un degré en plus ou en moins dans la certitude et la précision (cf. Reg., *Pand.*, p. 503, add. Ehrlich, *Die stillschweigende Willenserklärung*, p. 1, suiv.).

4. Aussi, la seconde Commission ayant décidé de supprimer l'art. 72 P¹ comme inutile (*Pr.*, I, p. 68) et, de plus, ayant fait disparaître, par voie de conséquence, dans l'art. 130 (V. la note), l'intérêt pratique que l'art. 74 P¹ donnait à cette classification, on incline assez volontiers à considérer que le Code civil ne distingue plus, autant tout au moins qu'il s'agit d'une conception de principe, entre déclaration tacite et expresse, en dépit toutefois de quelques divergences telles que celle de Fritze (*Arch. f. bürg. R.*, t. XIV, p. 181 et suiv.); et que, là où il parle encore de déclaration expresse, quoique, sur ce point particulier, Planck semble bien dire le contraire (I, p. 162, Cf. Isay, *loc. cit.*, p. 31 et suiv.),

l'expression ne doit plus être entendue des formes de la déclaration (art. 244 et art. 700, Cf. END., p. 268, note 8, et, pour les indications complémentaires, voir note sur art. 130).

Art. 116. — Une déclaration de volonté n'est pas nulle par cela seul que celui de qui elle émane ait entendu, par voie de réserve mentale, ne pas vouloir ce qu'il a déclaré. Cette déclaration est nulle lorsqu'elle est de celles qui doivent être adressées à un tiers, et que celui-ci avait connaissance de la réserve mentale de l'auteur de la déclaration.

1. L'art. 116 ouvre la série des dispositions qui ont pour but de résoudre, dans les différents cas où il se pose, le problème si délicat du conflit entre la volonté vraie et la volonté déclarée, autrement dit de la solution à admettre lorsque la volonté vraie ne correspond pas à la volonté exprimée, donc lorsqu'il y a désaccord entre la volonté interne et la déclaration. Sur ce point, et comme théorie générale, il y a opposition entre deux systèmes nettement tranchés : l'un surtout mis en relief par Savigny, qui fait prévaloir dans tous les cas la volonté vraie du déclarant, puisque c'est cette volonté seule qui doit produire l'effet de droit qui se trouve en cause, système désigné sous le nom de théorie de la volonté, donc de la prédominance de la volonté psychologique entendue d'un dogme absolu; l'autre qui fait prévaloir la volonté, même fictive, qui ressort de la déclaration, sur la volonté vraie, soit parce que le sens normal de la volonté n'existe, au point de vue du droit, que par son expression extérieure et qu'il y a lieu d'appliquer aux dispositions de la volonté privée les règles d'interprétation admises pour les normes légales et les dispositions de la loi (Cf. DANZ, *Auslegung der Rechtsgeschäfte*, p. 48), soit parce que celui qui émet une déclaration juridique accepte d'être lié, vis-à-vis de ceux à qui elle s'adresse, par le sens normal des expressions qu'il emploie; sinon il n'y aurait plus aucune sécurité dans les relations privées, système connu sous le nom de système de la déclaration (sur ces deux systèmes, v. PL, p. 165 et suiv.; END., p. 294, note 5; REG., p. 512, note 3, et les auteurs qu'il cite en note). Il est vrai que la tendance qui prévaut aujourd'hui (cf. END. et REG., *loc. cit.*) est de prendre une voie intermédiaire, étant donné que le système qui s'attache toujours à une recherche exacte de la volonté s'expose à sacrifier à l'excès la partie à laquelle s'adresse la déclaration, tandis que la théorie qui s'en tient au sens de la déclaration sacrifie à l'inverse l'auteur de cette dernière. Aussi

incline-t-on à distinguer entre les déclarations en matière de relations d'affaires et celles qui ont trait aux rapports de famille, par exemple s'il s'agit de l'échange des consentements en matière de mariage ou de la reconnaissance d'un enfant naturel, ou encore celles qui ont trait aux dispositions testamentaires, auxquels cas il y a toujours lieu de rechercher la volonté vraie de l'auteur de la déclaration.

2. Quant à la position prise par le Code civil sur cette question, elle pourrait bien sembler, au premier abord, se rattacher au système d'une recherche absolue de volonté, étant donnée la règle d'interprétation de l'art. 133, reproduite de l'art. 278 de l'ancien Code de commerce, d'après laquelle, pour l'interprétation d'une disposition privée, il faut rechercher l'intention réelle et non s'en tenir au sens littéral. Cette disposition, déjà formulée par l'art. 73 P[1], avait soulevé d'assez vives protestations; et, d'ailleurs, il faut reconnaître qu'elle était en harmonie avec le premier projet qui, d'une façon incontestable, acceptait la théorie classique sur la prépondérance de la volonté vraie du déclarant (cf. M. I p. 126, et art. 95 et suiv. P[1]). Il n'est pas douteux toutefois que dans la rédaction définitive on ait entendu accepter une position intermédiaire, n'y eût-il pour le prouver que le changement admis en ce qui concerne les effets de certaines déclarations non concordantes avec l'intention, comme au cas d'erreur (art. 119), où l'on a substitué l'annulabilité à la nullité du premier projet, et autres dispositions analogues (cf. Pl. p. 166, et *Pr.* I, p. 94); témoin également la suppression du principe théorique général de l'art. 95 P[1]. Aussi convient-il d'interpréter la règle elle-même d'interprétation de l'art. 133 dans un sens purement relatif; de telle sorte qu'il n'y ait pas à donner au juge, dans tous les cas et par tous les moyens, le droit de rechercher l'intention vraie, en dehors et à l'encontre des expressions et des circonstances qui la manifestent juridiquement, mais à lui permettre de rechercher le sens normal de la déclaration elle-même, en dehors des termes qui l'expriment, dans l'ensemble des circonstances extérieures qui peuvent en révéler la signification, et tel qu'aurait pu et dû le faire le tiers auquel elle était adressée (cf. Danz, p. 50 et suiv.; Isay, p. 12 et Pl. art. 133, p. 185).

3. Comme application de la théorie, l'art. 116, conformément, du reste, à l'art. 95 P[1] et à l'ensemble de la théorie classique sur la volonté qui admettait en cela une exception incontestée (Reg., p. 515 et suiv.), déclare lié à sa déclaration celui qui volontairement exprime une volonté qu'il n'a pas, ou fait une

déclaration apparente avec réserve de ne pas vouloir ce qu'il donne comme l'expression de sa volonté. Il ne pourrait, en effet, invoquer son dol (not. sur art. 118) pour faire valoir sa déclaration; c'est l'hypothèse classique, de la réserve mentale, ce qui comprend également le cas d'une déclaration en l'air, sans intention sérieuse de la faire, du moment qu'elle se donne comme une déclaration sérieuse, susceptible d'être prise comme telle par celui à qui elle s'adresse, et avec l'intention que ce dernier puisse s'y tromper. D'ailleurs, cette première disposition est absolument générale, s'appliquant à toute espèce de déclarations, sauf le cas de mariage (art. 1323 et suiv.; art 1330 et suiv.), sans qu'il y ait à distinguer entre celles qui doivent s'adresser à un tiers et celles qui ne s'adressent à personne.

4. Il n'en est pas de même de l'exception apportée à cette première disposition, laquelle ne vise que les déclarations qui s'adressent à un tiers. Et c'est là également la première application de la distinction fondamentale du Code civil (cf. note précédente nos 2 et 3) entre les déclarations qui s'adressent à quelqu'un et celles qui ne s'adressent à personne; distinction dont le sens est facile à saisir, quoique la terminologie, même chez les auteurs allemands, soit encore loin d'être fixée (cf. Zit., *R. G.*, p. 22). Il est clair, en effet, que la plupart des déclarations de volonté visent un intéressé auquel elles doivent s'adresser; et il en est ainsi, non seulement des déclarations destinées à un accord de volontés, mais également de la plupart des déclarations unilatérales, congés, révocations, ratifications et autres hypothèses de ce genre (cf. End., p. 281, et Cos., p. 147, p. 176); auxquels cas il y a lieu, de la part de celui à qui la déclaration s'adresse, à réception et prise de connaissance de la déclaration, et non à acceptation, puisqu'il ne s'agit pas de contrats. Et l'on pourrait se demander s'il n'y aurait pas lieu de ranger dans cette catégorie même les promesses unilatérales à personnes incertaines, puisqu'il n'est pas indispensable que celui à qui la déclaration s'adresse soit connu de celui de qui elle émane (cf. End., p. 282, note 1). Bien entendu, la question ne s'élèverait pas en ce qui touche les offres à personnes incertaines, comme les offres au public, puisqu'elles doivent être acceptées; seulement celui qui doit les accepter reste inconnu de celui qui fait l'offre. Mais elle peut s'élever pour les engagements, comme la promesse de récompense, qui valent par le seul fait de la déclaration. Endemann paraît croire qu'il faut encore les ranger au nombre des déclarations s'adressant à un intéressé, puis-

qu'elles sont destinées à ceux qui auront rendu le service ainsi prévu. Il y a seulement cette différence que ce n'est pas ici l'acceptation du créancier qui forme l'engagement et qui fonde l'obligation; celle-ci résulte de la promesse unilatérale elle-même. Mais qui dit offre ou promesse suppose un intéressé, même encore inconnu ou incertain, auquel elle s'adresse (End., p. 282, note 1, Cf. art. 657 et *infrà* note sur art. 130 et note sur art. 143, n° 47). Ce point, toutefois, est assez généralement contesté (cf. Kuhlenbeck, p. 505; Zit., *R. B. G.*, p. 97). Mais il y a, au contraire, des déclarations unilatérales dont l'effet est produit d'une façon définitive et irrévocable, par cela seul qu'elles sont exprimées, sans qu'elles aient à s'adresser à aucun intéressé, par exemple, la reconnaissance d'un enfant naturel (art. 1598), l'acceptation de succession (art. 1943, 1946), le testament, et autres actes juridiques de cette espèce (End., p. 282). Quant à la terminologie à employer, on admet généralement celle proposée par Zitelmann (*R. G.*, p. 22 et suiv.) de déclarations impliquant réception et déclarations n'impliquant pas réception; bien que le Code civil, au lieu de se placer à ce point de vue passif, ait préféré, avec raison, du reste (cf. art. 130), parler de déclarations que l'on ait à adresser à un tiers, et de celles qu'on n'ait à adresser à personne, les unes sont *in personam*, les autres *in rem*.

5. Nous ne pouvons cependant pas les désigner sous le nom de déclarations personnelles et impersonnelles, puisque les offres et même les promesses à personne incertaine, lesquelles répondent cependant à l'idée d'une déclaration impersonnelle, sont des déclarations, au moins d'après certains auteurs, s'adressant encore à un intéressé, et ayant besoin, sinon d'être acceptées, au sens contractuel du mot, mais d'être reçues par un intéressé. A plus forte raison serait-il inexact d'identifier la distinction avec celle des actes unilatéraux et bilatéraux, puisque tous les actes juridiques bilatéraux, c'est-à-dire les contrats, impliquent tous qu'il y ait déclaration avec acceptation, sauf peut-être une exception pour l'acceptation elle-même en matière de contrats, et cela dans l'hypothèse prévue par l'art. 151. Par suite, la classification nouvelle du Code civil allemand ne s'applique que dans la sphère et dans la catégorie des déclarations unilatérales, les unes visant directement une partie à laquelle elles s'adressent, comme un congé, une résiliation, une déclaration de nullité ou de retrait, les autres ne visant personne, comme une reconnaissance d'enfant, une acceptation de succession, un testament. Il faut donc s'en tenir à la périphrase du droit allemand, et parler, si l'on pré-

fère cette expression abregée, de déclarations faites à partie et de déclarations non faites à partie.

6. Cette distinction ainsi établie, on comprend que l'exception à la validité de la réserve mentale ne vise que les déclarations s'adressant à un tiers, puisqu'on les déclare nulles lorsque l'intéressé connaissait également que le déclarant avait une volonté contraire à celle qu'il exprime. Là où la déclaration ne s'adresse à personne, cette exception ne pouvait plus s'appliquer.

Art. 117. Si une déclaration de volonté qui doit être adressée à un tiers est, d'accord avec ce dernier, donnée seulement pour l'apparence, elle est nulle.

Lorsque, sous le couvert d'un acte apparent, se trouve dissimulé un autre acte juridique, il y a lieu de faire application des dispositions concernant l'acte réel.

1. L'art. 117 traite de la simulation, qui se distingue de la réserve mentale en ce que celle-ci a pour but de tromper le tiers auquel la déclaration s'adresse, tandis que la première est acceptée d'accord avec l'autre partie en vue de tromper les autres. Il n'y avait plus lieu d'admettre ici la validité de l'acte apparent, puisque, même au cas de réserve mentale, lorsque le tiers a su que l'acte n'était pas sérieux, il y a nullité. On avait bien proposé, sans doute, devant la seconde Commission, d'admettre la validité de l'acte apparent au profit des tiers, autres que la partie à laquelle s'adressait la déclaration, qui auraient pu être trompés par l'acte simulé et qui en auraient subi un préjudice pécuniaire, par exemple, lorsque l'acte apparent a induit le tiers en erreur en vue de l'acquisition d'un droit auquel cet acte doive servir de titre (*Pr.* I, p, 96). Mais on considéra, que pour les cas les plus importants, il avait été suffisamment pourvu à la sécurité des tiers, par exemple, en matière d'acquisition de droits inscrits aux Livres fonciers (art. 892 à 894), d'acquisition de meubles (art. 932 et suiv.), ainsi qu'en matière de gage et d'usufruit (art. 1207 et 1242) et également au cas de procuration simulée (art. 171) ou de cession de créance portant sur un droit purement apparent (art. 405); et que, pour les autres hypothèses, il serait excessif de poser en principe que l'acte apparent doive être considéré comme valable au profit de tous les tiers de bonne foi qui auraient fait fonds sur lui, alors que, s'il y a eu préjudice de ce chef pour le tiers, il sera en droit de demander des dommages-intérêts fondés sur le quasi-délit (art. 823, 826) et que l'usage et l'intérêt des relations d'affaires n'exigent pas qu'il soit pourvu autrement à la sécurité

des tiers qui ne sont pas parties à l'acte et à l'égard desquels aucun engagement n'a été pris (*Pr.* I, p. 97).

2. En vertu des mêmes principes, si l'acte simulé recouvre un acte réel, celui-ci n'est pas nul par le seul fait de la simulation, dès qu'il n'est pas illicite en lui-même ni contraire aux bonnes mœurs; et, par suite, il sera soumis aux dispositions légales qui le concernent, sans qu'il y ait à tenir compte de l'acte apparent. Et il en est ainsi même à l'égard des tiers (M. I p. 193), sans qu'on ait cru devoir admettre un principe général analogue à celui de l'art. 1321 C. civ. fr. (cf. art. 16 § 2, C. féd. obl.); on se contente des protections spéciales indiquées plus haut pour certains cas particuliers et autres analogues. Le principe n'a pas été généralisé, et l'on peut se demander si l'on n'a pas sacrifié outre mesure l'intérêt des tiers au dogme classique de l'autonomie de la volonté. Toutefois, en ce qui concerne l'acte réel, comme il n'y a pas de volonté susceptible de valeur positive sans qu'elle ait fait l'objet d'une déclaration, encore faudra-t-il exiger, non seulement la preuve que cette volonté existe, mais la preuve qu'elle s'est formulée dans une déclaration juridique, laquelle, il est vrai, peut être purement tacite; de telle sorte que la volonté de substituer l'acte réel à l'acte apparent puisse résulter de simples circonstances ou d'actes extérieurs, émanant de l'intéressé et valant déclaration de volonté.

Art. 118. Toute déclaration de volonté qui n'est pas donnée au sérieux, et qui se présente de telle façon que l'on doive s'attendre à ce que ce défaut de sérieux ne puisse être méconnu, est nulle.

1. Il semble bien que le critérium de distinction entre les hypothèses de l'art. 118 et celles de l'art. 116 soit purement subjectif et réside dans l'intention du déclarant; dans l'art. 116 celui-ci, non seulement n'a pas entendu faire un acte sérieux, mais il a voulu qu'on ne puisse pas s'en apercevoir : il a voulu tromper, il y a comme un dol de sa part; de là, la validité de sa déclaration purement apparente. Dans le cas de l'art. 118, il n'a pas voulu tromper, il a cru que l'on s'apercevrait du défaut de sérieux de la déclaration; c'était une promesse en l'air, faite en riant, ou une formule de courtoisie, ou encore, ce que supposent les auteurs, une phrase reproduite d'une pièce de théâtre au cours d'une répétition et autres hypothèses de ce genre. Comme le déclarant est de bonne foi, on revient à la théorie de la volonté vraie. Et même, cette fois, la nouvelle rédaction l'applique plus complètement encore que l'art. 97 P[1], qui faisait exception à la nullité au cas d'imprudence

grave; tandis que, dans la seconde rédaction, même pour cette hypothèse, on n'a pas cru devoir admettre que le déclarant serait lié à sa déclaration, sauf, il est vrai, à faciliter dans tous ces cas les conditions d'obtention des dommages-intérêts pour nullité de contrat (art. 122; cf. Pl. p. 168. *Pr*. p. 98-99). Cependant, même en dépit des expressions si formelles du Protocole, cette interprétation subjective a déjà été contestée par les auteurs qui ne veulent pas admettre ce retour à la théorie de l'autonomie de la volonté, tels qu'Isay (p. 16-17, not. 1), et qui proposent un critérium purement objectif, devant résulter, non de l'intention purement interne du déclarant, même si elle était prouvée, mais des formes sous lesquelles sa volonté a été manifestée et la déclaration faite : il faut, pour qu'il y ait lieu à l'application de l'art. 118, que la forme même de la déclaration manifeste qu'elle ne devait pas être prise au sérieux; et alors tant pis pour le tiers qui s'y est laissé tromper.

2. C'est ce que voudrait dire le texte en indiquant que la déclaration a dû être donnée dans l'attente qu'on ne s'y méprendrait pas; cette attente, en tant qu'intention du déclarant, doit résulter de la forme objective de la déclaration. Si elle n'en résulte pas, et qu'elle soit purement interne, ou du moins étrangère aux formes de la manifestation extérieure de volonté, même si cette intention purement interne peut être prouvée par ailleurs, il n'y aurait plus lieu à nullité, conformément à l'art. 118, mais à validité, comme au cas de l'art. 116; interprétation qui ne semble pas devoir l'emporter, si l'on s'en tient aux travaux préparatoires (Cf. Pl. art. 118 et Cos., p. 201), mais qui concorde cependant davantage avec les principes généraux sur la déclaration de volonté (Cf. End., p. 297, not. 2).

Art. 119. **Celui qui, en émettant une déclaration de volonté, était dans l'erreur sur son contenu, ou qui n'avait nullement voulu émettre une déclaration dont le contenu fût ce qu'il a été en réalité, peut attaquer sa déclaration, lorsqu'il y a lieu d'admettre qu'il n'aurait pas fait cette déclaration s'il avait eu connaissance du véritable état de choses, et à supposer de sa part une appréciation raisonnable de la situation.**

Il y a lieu de considérer comme erreur sur le contenu de la déclaration celle qui porte sur certaines qualités de la personne ou de la chose, qui soient de telle nature qu'au point de vue de la pratique des affaires on doive les regarder comme essentielles.

§ 1er.

1. L'erreur implique le défaut de concordance entre la volonté vraie, donc la volonté interne, et la volonté déclarée. Dans le système de l'autonomie absolue de la volonté, et sans même aller jusqu'aux conséquences extrêmes de cette théorie, lorsqu'il s'agit d'un acte qui tire de la volonté toute sa valeur, ce défaut de concordance équivaut à l'absence de volonté et, par suite, doit aboutir à la nullité. Le premier projet avait accepté cette formule, à peu près dans les termes qui précèdent, et il en tirait la conséquence logique qui s'en déduisait, la nullité (art. 98, P[1]). Mais, avant même de définir l'erreur et de déterminer à quelles conditions elle doit être prise en considération, les partisans du système de la déclaration, lequel accorde la prédominance à la volonté déclarée sur la volonté vraie, avaient obtenu, devant la seconde commission, une première et importante concession relative aux effets de l'erreur, en substituant l'annulabilité à la nullité proprement dite; ce qui était revenir sur ce point, ou à peu près, comme on le verra plus en détail sur l'art. 142, au système des nullités relatives du droit français. Il n'y avait en effet aucune raison, si ce n'est de logique purement doctrinaire, pour donner au tiers, qui a cru l'acte valable, le droit, en apprenant l'erreur de l'autre partie, de s'en prévaloir, lui qui n'en a pas été victime, pour profiter de la nullité et l'imposer (*Pr.* 105-106). Il n'y avait lieu d'accorder le droit de faire prononcer la nullité, ou, comme dit le texte, d'attaquer l'acte, c'est l'expression admise pour caractériser l'annulabilité, qu'à la partie victime de l'erreur; et encore se demandait-on s'il ne serait pas juste de ne le lui donner que sous certaines conditions destinées à garantir le tiers intéressé au maintien de la déclaration contre toute surprise injustifiée à son endroit. Et l'on proposait dans ce but de n'accorder l'action en nullité contre lui que si lui-même avait connu l'erreur ou qu'il fût en faute de ne l'avoir pas connue. Mais, on considèra qu'il y aurait eu là comme une confusion de principes, et que les garanties dues au tiers devaient lui être procurées au moyen de la théorie des dommages-intérêts pour nullité de contrat (*Pr.*, p. 106); c'est donc à cette place (art. 122) que tous ces points seront examinés.

2. Le principe, admis dès le premier projet, et qui n'a pas été modifié dans le texte définitif, a donc été que l'erreur, lorsqu'elle présentait les conditions objectives qui seront indiquées pour donner lieu à annulation, serait toujours une cause d'annulabilité,

sans qu'il y eût à tenir compte de la question de savoir si le tiers qui va souffrir de la nullité aurait pu ou non s'apercevoir de l'erreur, ou même s'il l'a connue ou non en réalité.

3. Quant à la définition de l'erreur susceptible de donner lieu à annulabilité, la seconde commission jugea la formule initiale (art. 98 P[1]) trop complexe et susceptible de faire naître, en doctrine et en pratique, d'assez graves difficultés. L'art. 98 P[1] parlait en effet de non-concordance de la volonté réelle avec la volonté déclarée, défaut de concordance fondé sur une erreur de la part de l'auteur de la déclaration; et l'on entendait opposer ainsi l'erreur qui aboutirait à un défaut de concordance de cette nature à celle qui ne porterait que sur les motifs, puisque la première aurait eu pour objet uniquement ce qui faisait le fond de la déclaration, opposition plus accentuée encore par l'art. 102 P[1], lequel déclarait formellement sans influence l'erreur sur le motif. Devant la seconde commission, on fut pleinement d'accord pour dénier en principe toute influence à l'erreur sur les motifs, bien que l'on eût écarté comme inutile toute disposition correspondant à celle de l'art. 102 P[1] (*Pr.* 118 et Pl., p. 166). Mais on considéra cependant que certaines erreurs, comme celles portant sur l'identité de l'objet ou de la personne, et à plus forte raison sur les qualités, et qui, de l'aveu de tout le monde, au moins celle de la première catégorie, devaient donner lieu à nullité, pourraient peut-être, à raison de certaines théories sur le côté psychologique du problème, et si l'on conservait le texte initial, se trouver exclues de la formule légale. Lorsqu'en effet quelqu'un fait une déclaration relative à tel objet qu'il vise, mais qu'il prend pour un autre, ne peut-on pas dire que sa volonté réelle, prise dans l'acte de volition qui la résume, a bien porté sur la chose même figurant dans la déclaration, si ce n'est qu'elle a porté sur cette chose parce qu'elle la croyait être ce qu'elle n'est pas, de telle sorte que cette croyance a été le motif et non l'objet vrai de l'acte de volition manifesté par la déclaration? Entre cet acte et la déclaration, il y a concordance; l'erreur ne porte que sur le motif immédiat ou sur la cause déterminante de l'acte de volition (Cf. Kuhlenbeck, *loc. cit.*, p. 339, p. 424). Cette analyse psychologique n'était pas sans partisans; d'autres, au contraire, voyaient dans l'erreur sur l'identité de la chose une erreur qui produisait réellement un défaut de concordance entre la volonté, prise dans son ensemble et dans sa complexité psychologique, et la déclaration qui en avait été faite. Mais il suffisait de ces divergences d'idées sur le fond du problème pour rendre la formule suspecte. On fut

donc d'accord pour la diviser en deux et pour distinguer en deux groupes les deux catégories d'erreurs qu'elle visait, d'une part, l'erreur dans l'expression même de la déclaration et, d'autre part, l'erreur sur son contenu (*Pr*. p. 108).

§ 2.

4. Au cas d'erreur dans l'expression de la déclaration, il ne pouvait y avoir de doute sur le caractère de l'erreur; elle est exclusive de la volonté. Quelqu'un, par erreur, fait une déclaration qui exprime tout le contraire de ce qu'il avait en vue; sa volonté fait défaut (cf. note sur art. 120). Ici, du reste, l'absence de volonté est tellement indéniable que l'on eût compris, pour cette hypothèse, le maintien de la nullité; et c'est peut-être l'une des preuves les plus manifestes de l'influence accordée par la seconde commission à ce que l'on appelait la théorie de la déclaration que l'admission même dans ce cas d'une annulabilité (cf. Wind. I, § 75, Danz, *loc. cit.*, p. 58 note 1). Cela est d'autant plus vrai que, s'il s'agit d'erreur sur la désignation de l'objet, ce qui correspond à l'erreur sur son identité, il ne pourrait plus être question, cette fois, de parler d'erreur sur les motifs, puisque, dans l'acte de volition finale, l'objet faussement désigné n'était pas celui sur lequel eût porté la volonté : il n'a jamais été voulu.

5. Seulement, pour éviter toute difficulté et toute controverse accessoire, il faut supposer que l'erreur était en quelque sorte apparente et ressortait de la teneur de la déclaration, non pas que la rectification dût forcément résulter de l'ensemble même du contexte, mais en ce que la preuve d'une erreur fût reconnaissable dans les circonstances qui ont accompagné la déclaration. Si rien ne la faisait soupçonner, et que la preuve de l'erreur résultât seulement d'une recherche ou d'une démonstration d'intention contraire que rien ne fît prévoir, il y a, en effet, une autre question qui se pose, tout à fait étrangère à l'art. 119, et qui consiste à savoir si l'interprétation normale de la déclaration, telle qu'elle a été donnée, ne s'impose pas au profit et dans l'intérêt de celui à qui elle a été adressée. Il s'agit de savoir si l'intérêt du crédit n'exige pas que la déclaration apparente soit tenue pour la déclaration vraie, de telle sorte que la preuve de l'erreur soit considérée comme non avenue. Cette question, toute différente de celle de l'art. 119, revient à se demander comment doit se faire l'interprétation des actes juridiques; question à laquelle, bien entendu, les théories relatives

à l'autonomie de la volonté par rapport à la déclaration ne restent pas étrangères (cf. art. 133), puisqu'il s'agit de savoir s'il faut toujours faire prévaloir la déclaration vraie, celle correspondant à la volonté réelle, sur la déclaration apparente, celle résultant de l'interprétation normale. Et l'on semble bien aujourd'hui faire prévaloir cette dernière tendance, puisque l'on assimile volontiers les règles d'interprétation en matière d'actes privés à celles admises en matière législative, auquel cas il est généralement accepté, actuellement, qu'il ne s'agit plus d'une recherche absolue de volonté (cf. Reg., § 139, p. 506 et p. 514; et Danz, *loc. cit.*, pp. 44, 49 suiv., 516 suiv.). Mais c'est là une question réservée et renvoyée à l'art. 133. Donc cette première catégorie d'erreur, celle que vise l'art. 119, en parlant de l'hypothèse où le contenu de la déclaration diffère de celui qu'avait en vue le déclarant, et par suite de celui qui avait été voulu, peut être envisagée comme impliquant que ce défaut de concordance soit établi d'après les procédés normaux d'interprétation, et qu'il résulte en quelque sorte des circonstances mêmes qui ont entouré la déclaration, sans entendre résoudre la question si délicate de savoir comment doit se faire cette interprétation.

§ 3.

6. L'autre catégorie, celle que l'on a voulu opposer à l'erreur dans la forme ou dans l'expression et résultant du procédé de déclaration, vise l'erreur sur le contenu, donc sur le fond de la déclaration. Ce qui a été déclaré est bien ce que le déclarant voulait déclarer, mais il n'a voulu le déclarer ainsi qu'à raison d'une erreur portant sur les points visés dans sa déclaration et ayant fait l'objet de sa volonté. La formule nouvelle ne dit plus qu'il y a défaut de concordance entre la volonté réelle et la volonté exprimée, puisque certains auteurs inclinaient à ne pas reconnaître ce défaut de concordance lorsque l'erreur portait, par exemple, sur l'identité d'objet, sous prétexte qu'il y eût là, beaucoup plutôt, une erreur sur la cause déterminante de la volonté. On parle d'erreur sur le contenu, donc sur tout ce qui a été spécifié et visé par la volonté exprimée par la déclaration; et l'objet fait partie de ce contenu de la volonté. Il n'y a donc plus à se demander, lorsque l'erreur porte sur les points faisant ainsi partie du contenu de la déclaration, celle-ci supposée concordante avec la volonté, quelles sont parmi ces erreurs celles qui ne seraient, au point de vue de certaines théories, qu'erreurs sur le motif, et

celles au contraire qui constitueraient véritablement une absence ou un défaut de volonté, un défaut de concordance de la volonté vraie avec celle que l'on a voulu déclarer. Planck semble bien dire cependant qu'à s'en tenir à une interprétation littérale de la formule, l'équivoque ne serait pas encore entièrement dissipée. C'est que, en effet, il s'agit de s'entendre sur ce qui constitue le contenu d'une déclaration de volonté. Si on entend cela de l'acte pris dans son ensemble, sans que l'on puisse envisager séparément les éléments qui le constituent, il est possible, en effet, que l'équivoque subsiste. Lorsque quelqu'un propose de vendre telle chose pour tel prix, si le contenu ne comprend que le fait de vendre la chose, et que la chose envisagée en elle-même ne puisse s'en détacher à titre d'élément distinct, on pourra dire que l'erreur sur l'identité de l'objet ne porte pas sur le contenu de la déclaration, mais sur la cause déterminante de la volonté, comme on était susceptible de le dire avec la formule de l'art. 98 P[1]. Mais cette conception ne semble guère pouvoir être acceptée. Le contenu de la déclaration, c'est-à-dire, au fond, ce qui a fait l'objet même de la volonté, comprend à la fois l'acte pris dans son ensemble et chacun des éléments essentiels qui le constituent, envisagés chacun comme ayant fait, au point de vue de son identité et de son existence, telle qu'elle a été acceptée par l'auteur de la déclaration, l'objet d'un fait distinct de volonté; de telle sorte que l'erreur portant sur l'identité ou l'existence de chacun de ces éléments devient une erreur sur le contenu de la volonté, ou sur le contenu de la déclaration, ce qui est la même chose lorsque cette dernière reproduit exactement la volonté du déclarant, telle que celui-ci a voulu l'exprimer.

7. Il est vrai que cette interprétation peut donner lieu à une difficulté nouvelle qui est celle-ci : tous les points visés par la déclaration et mis dans le contenu de la déclaration, au moins le contenu apparent et extérieur de la déclaration, donneront-ils lieu à nullité lorsqu'ils auront fait l'objet d'une erreur portant sur l'existence même du fait ou de la chose ainsi déclarée? La question aurait pu se poser, par exemple, pour les qualités de l'objet, si l'art. 119 lui-même n'avait établi que l'erreur qui s'y réfère était assimilable à une erreur sur le contenu de la déclaration, ce qui rend cette dernière admissible, même si ces qualités n'ont pas été spécifiées. Mais si l'on suppose que l'art. 119 n'eût pas admis cette assimilation, le seul fait d'avoir indiqué ces qualités dans la déclaration aurait-il suffi, au point de vue de l'art. 119, à les faire rentrer dans le contenu de la déclaration? Cette question, que

l'art. 119 supprime en ce qui concerne les qualités, pourrait se poser relativement aux motifs proprement dits : suffira-t-il que le déclarant eût expressément indiqué le motif qui l'a déterminé à vouloir le fait ou l'acte juridique qui fait l'objet de la déclaration pour que l'erreur sur ce motif devienne une erreur sur le contenu de la déclaration, erreur à laquelle l'art. 119 devienne applicable? Lorsqu'il s'agit de contrat proprement dit, la question peut se résoudre assez facilement, si l'on peut établir que tous ces points doivent être considérés comme formant des clauses formelles du contrat, auquel cas, si les éléments qui les constituent et qui sont supposés existants font défaut, il y a, non pas précisément, inexécution des conditions, comme nous dirions en droit français, mais défaut de consentement sur l'un des points faisant partie du contrat; et la théorie qui se trouve en cause est celle de l'art. 155. D'autre part, l'art. 119 envisage la déclaration de volonté en elle-même, au point de vue des effets qu'elle peut produire par elle seule, et indépendamment de la question de savoir si elle doit faire l'objet d'une acceptation et d'un accord de volontés. A la prendre ainsi, faudra-t-il dire que tous les points visés par elle feront partie de son contenu, de telle sorte qu'ils tombent sous l'application de l'art. 119 au point de vue de l'erreur qui s'y référerait?

8. Cette question, grâce à l'une des conditions exigées par l'art. 119 lui-même pour que l'erreur soit prise en considération, est susceptible de deux réponses; puisque, de toutes façons, il n'y a nullité que si, à supposer que l'erreur n'eût pas existé, il fût prouvé que l'auteur de la déclaration n'eût pas voulu ce qu'il a voulu : ce que l'on peut traduire en disant que l'erreur, pour donner lieu à nullité, doit être une erreur essentielle, c'est-à-dire telle que sans elle la déclaration n'aurait pas été faite, ou du moins n'aurait pas pu être faite telle qu'elle l'a été. Or, ceci posé, il s'agit de savoir, parmi les points visés par la déclaration, ceux qui sont essentiels et ceux qui ne le sont pas, de telle sorte que, pour les premiers seuls, il y ait lieu de prononcer la nullité pour erreur. C'est pourquoi la réponse à donner au problème ainsi formulé est susceptible d'une double appréciation très distincte, l'une de caractère purement subjectif, l'autre de caractère objectif. On peut considérer comme essentiels tous les éléments de la déclaration auxquels le déclarant a attaché une importance telle que, à supposer qu'ils ne soient pas ce qu'ils les a cru être, il n'eût pas fait sa déclaration; et, quant à l'appréciation de l'erreur qui s'y rapporte, il y aurait lieu de s'attacher au criterium mi-subjectif, mi-objectif de l'art. 119, dont il sera question plus loin.

Là où l'erreur est suffisante, d'après le criterium de l'art. 119, elle donnerait toujours lieu à nullité dès qu'elle porte sur un des points visés dans la déclaration; car cela prouve que ce point est un de ceux qui ont été voulus et considérés comme constituant le fond de la déclaration : système purement subjectif, par conséquent, en dépit de l'application du criterium demi-subjectif demi-objectif de l'appréciation de l'erreur conformément à l'art. 119 (Vr *infra* § 6). Il en serait donc ainsi même de l'erreur portant sur les motifs, si ceux-ci ont été indiqués dans la déclaration, et que, par application du criterium de l'art. 119, ils dussent être considérés comme un élément essentiel de la déclaration, donc comme faisant partie de son contenu.

A ce système d'appréciation subjective, on peut opposer une conception purement objective, d'après laquelle le caractère essentiel des éléments de la déclaration devrait se déduire de la nature même des différents points visés par la déclaration, et non de l'intention du déclarant; de telle sorte qu'il n'y eût à faire partie du contenu de la déclaration que les éléments qui, par eux-mêmes, et en dehors de la valeur que le déclarant ait entendu leur attacher, dussent être considérés comme fondamentaux pour la caractéristique de l'acte lui-même, ce qui ne serait jamais le cas des motifs. Et alors le criterium d'appréciation de l'erreur suffisante, indiqué par l'art. 119, ne s'appliquerait que lorsqu'il s'agirait d'éléments au sujet desquels l'erreur, d'après leur caractère purement objectif, pût être prise en considération. Il ne suffirait pas à transfomer un élément qui fût en soi secondaire et purement accessoire en une partie essentielle de la déclaration. Bien que la controverse restât ouverte, il paraît difficile de croire que le contenu d'une déclaration de volonté ne fût pas exactement ce que la volonté du déclarant a voulu qu'il fût, de telle sorte qu'il n'y ait d'essentiel que ce que le déclarant aura considéré comme tel; pourvu que ce caractère se révélât aux tiers par l'extériorité que lui donne son insertion dans le contenu formel de la déclaration. Le caractère qui lui est attribué subjectivement par l'intention du déclarant, intention appréciée d'après le criterium d'appréciation raisonnable de l'art. 119, le fait entrer dans le contenu réel de la déclaration, de telle sorte que l'erreur qui s'y référerait serait de celles qui pussent aboutir à l'annulabilité.

§ 4.

10. On voit donc que le grand mérite et, comme on l'a dit, la grande nouveauté du Code civil en cette matière (Cf. Leonh.,

p. 487), est d'avoir ramené à une seule et unique question, relativement simple par elle-même, toutes les anciennes distinctions relatives à la concordance de la volonté, et qui impliquaient toutes, comme point de départ, l'analyse d'un problème presque insoluble, celui de savoir ce qu'il fallait considérer comme étant compris parmi les éléments de la volonté. Désormais, on n'a plus à se demander si tel ou tel point d'un contrat ou d'une déclaration était un des éléments essentiels sur lesquels a porté la volonté, de telle sorte que, s'il n'a pas été formulé comme le déclarant eût voulu qu'il le fût, il y eût nullité de la déclaration. La seule question est de savoir si ce point faisait partie du contenu de la déclaration. La déclaration, fait matériel, extérieur et susceptible d'appréciation objective, est substituée à la volonté, manifestation interne, ne tombant sous aucun procédé d'appréciation et d'investigation. Pour savoir si une erreur porte sur un point que l'on doive prendre en considération, et par suite pour savoir si cette erreur donnera lieu à nullité, il suffira de se demander si ce point faisait partie du contenu de la déclaration. Tout ce que les parties ont mis dans le contenu d'une déclaration est un élément de ce contenu; et l'erreur qui s'y rapporte peut donner lieu à nullité, pourvu que, par son importance, elle réponde aux conditions d'appréciation objective de l'art. 119 : ce n'est plus qu'une question de degré et non d'objet.

Peut être objet d'erreur susceptible de donner lieu à nullité tout ce qui fait partie du contenu de la déclaration; et ce contenu de la déclaration n'est pas fixé par la loi objectivement; il dépend de la volonté des intéressés. Il comprend tout ce que l'auteur de la déclaration a voulu qu'il comprît, et il ne comprend que cela. Cette solution s'appliquera à ce que le droit français entend par exemple par la cause, du moment qu'elle fait partie du contenu de la déclaration. Mais cela devrait s'entendre tout aussi bien des motifs, comme on l'a déjà vu, si les parties avaient voulu les faire rentrer dans la déclaration. Et, à l'inverse, la cause elle-même en pourrait être exclue si les parties avaient entendu l'exclure, comme c'est le cas dans la promesse abstraite (art. 780). En somme, tout se ramène encore à l'autonomie de la volonté, seule libre, maîtresse et souveraine. Seulement, cette volonté n'est pas souveraine dans son fond et dans sa réalité psychologique; elle ne l'est que dans sa manifestation extérieure, et par sa manifestation extérieure, c'est-à-dire par la déclaration. La volonté autonome, mais la déclaration substituée à la volonté, tel est le principe du droit moderne, consacré par le Code civil allemand.

11. Il est vrai que, pour fixer ce contenu de la déclaration, il y a une question d'interprétation qui prime tout. Car, enfin, si c'est à la manifestation extérieure de la volonté qu'il faut surtout s'attacher, en vue de donner satisfaction aux exigences du crédit, il semblerait que cette manifestation extérieure dût se traduire d'après son sens le plus littéral, c'est-à-dire le plus intelligible pour tous, et non d'après le sens caché qui pût dériver d'une recherche compliquée de volonté. S'il en était ainsi, les exigences du crédit ramèneraient le droit moderne au système formaliste des législations primitives, à celui par exemple de la *stipulatio* du droit romain. C'est contre cette conséquence extrême de la théorie de la déclacation qu'a voulu nous prémunir l'art. 133, en posant en règle qu'il n'y aurait pas, en matière d'actes juridiques, à s'en tenir à la lettre du texte. De sorte qu'il y aura, en cette matière, à établir et à rechercher comme une *via media* entre le système de la volonté vraie et la théorie de la volonté déclarée; c'est une question à étudier sur l'art. 133. Ce qu'il importe seulement de bien établir ici, c'est que, quels que soient les principes admis en matière d'interprétation, celle-ci ne pourra jamais conduire à faire entrer dans la déclaration autre chose que ce qu'a voulu y mettre la volonté qui s'est manifestée au moment de l'acte de volition final d'où dérive la déclaration, sans que l'on puisse substituer à ce qui a été voulu à ce moment décisif ce qui aurait été voulu si la volonté n'avait pas été amenée à se tromper.

12. Ainsi, par exemple, supposons que la partie se soit trompée d'objet. Je ne suppose pas que, voulant offrir le cheval noir, elle se soit méprise dans les termes qu'elle emploie et qu'elle ait offert le cheval blanc; car ce serait une erreur dans l'expression de la volonté (première disposition de l'art. 119), et non dans ce qui en est le contenu (seconde disposition de l'art. 119). Ce qui avait été voulu, c'était bien le cheval indiqué dans l'offre. Mais je suppose que, voulant me défaire de tel cheval vicieux que j'ai dans mon écurie, je croie que ce soit le cheval blanc qui soit atteint du vice que j'ai en vue, et que je le mette en vente au lieu du noir. Si les termes de l'offre sont douteux, tout ce que pourra faire l'interprétation du juge, ce sera de rechercher si c'est bien réellement le cheval blanc que j'ai offert. Si je me suis servi de termes ambigus, comme seraient ceux-ci : « Je vous offre tel cheval dont je me défais à cause de tel vice, et pour lequel, à raison de cette défectuosité, je vous fais telle concession de prix, lequel cheval serait, sauf vérification, le

cheval blanc qui est dans mon écurie », dans ce cas on pourrait établir que, en réalité, l'offre, telle qu'elle ressort de la déclaration elle-même, portait bien sur le cheval qui serait reconnu atteint du vice indiqué, donc sur le noir. Mais, s'il est reconnu, toute question de termes à part, que c'est bien le blanc que j'ai mis en vente, on aurait beau démontrer qu'au fond ma volonté était de vendre le noir, cette volonté n'a pas été déclarée, elle ne fait pas l'objet de la déclaration : il n'est au pouvoir de personne de substituer dans cette dernière à une volonté réellement voulue une volonté qui aurait dû être voulue. Il n'y a pas d'interprétation au monde qui puisse aboutir à conclure que cette offre de tel cheval n'a pas fait l'objet d'un acte de volition; si maintenant cet acte de volition ne répondait pas au but que se proposait la volonté, la ressource est d'attaquer la déclaration pour cause d'erreur. Ce ne peut être d'en changer les termes.

13. Restera à se demander, il est vrai, lorsque l'erreur porte ainsi sur le contenu d'une déclaration, ou plutôt sur l'un des éléments qui s'y trouvent compris, s'il n'y a pas certains cas dans lesquels l'erreur supprime la déclaration elle-même et s'oppose à sa validité, de telle sorte qu'au lieu de parler d'annulabilité, il faudrait dire que la déclaration elle-même se trouve nulle. C'est un point qui sera examiné plus loin.

§ 5.

14. Enfin, il est une troisième catégorie d'erreur prévue par l'art. 119; c'est l'erreur portant sur les qualités de la personne ou de la chose. Et il n'était nécessaire de prévoir cette catégorie nouvelle qu'autant que ces qualités n'eussent pas été visées par la déclaration; sinon, d'après la solution qui vient d'être exposée, elles eussent fait partie du contenu de la déclaration. Ce que l'art. 119 ajoute de plus, c'est que, même si la déclaration ne les mentionne pas, même si elles ne sont pas dans le contenu formel de la déclaration, elles ne font pas moins partie de son contenu réel, en ce sens que le déclarant, en visant dans sa déclaration la personne à laquelle il s'adresse ou la chose au sujet de laquelle il traite, est censé avoir fait porter sa volonté non seulement sur la question d'identité, mais également sur les qualités essentielles qui, à côté de l'identité purement matérielle, constituent l'identité juridique d'une chose, au point de vue des usages, et dans la conception de ceux qui font de cette chose l'objet d'un rapport de droit. (Cf. Hölder, p. 257.) Aussi Planck a-t-il raison de dire que

le dernier alinéa de l'art. 119 contient une extension, et non une application des principes posés dans le premier. (Cf. KUHLENBECK, *loc. cit.*, p. 414, 428 et suiv.) Ce qui normalement fait partie du contenu de la déclaration, c'est la chose prise dans son identité matérielle, et de même en est-il pour la personne à qui l'on s'adresse; s'il y a erreur sur les qualités, au fond, c'est une erreur sur le motif. Pour faire rentrer cette dernière parmi les erreurs sur le contenu de la déclaration, il fallait, par une prescription légale, présumer que les qualités essentielles avaient été sous-entendues par le déclarant, comme se rattachant, dans son intention, à l'identité juridique de la chose.

15. Seulement, pour ce qui est de savoir quelles qualités seront essentielles ou non, il faudra s'en rapporter, non pas à l'appréciatien purement subjective du déclarant, et peut-être en serait-il autrement, d'après le système exposé plus haut, si ces qualités avaient été expressément visées, mais aux usages en matière de relations d'affaires. Et c'est, une fois ces qualités ainsi déterminées par ce critérium d'appréciation objective, qu'il y aura lieu, pour qualifier l'erreur qui les concerne, d'appliquer, mais alors seulement, le critérium de l'art. 119, tiré de l'intention du déclarant, intention supposée raisonnable, comme il sera indiqué ci-dessous. De ce caractère exceptionnel de l'application de l'art. 119 aux qualités de la personne ou de la chose, Planck conclut également qu'il ne faut pas en tirer argument pour interpréter le principe général de l'alinéa premier et en déduire cette conséquence que l'erreur sur le contenu pourrait, pour d'autres hypothèses que celle relative aux qualités de la chose ou de la personne, viser l'erreur sur les motifs; ce qui est absolument vrai, en effet, des motifs non compris dans le contenu formel de la déclaration. On ne saurait jamais être autorisé à prétendre qu'ils faisaient partie, dans l'intention du déclarant, de son contenu réel, et que, par suite, il y aurait à tenir compte de l'erreur qui s'y rapporte. (Cf. PL., p. 169, et, sur tous ces points, Cos., p. 205 et suiv.)

Il importe enfin de remarquer que, d'une part, on n'exclut pas, en principe, la nullité pour erreur tenant à la personne, et que, d'autre part, on ne cherche pas à définir les qualités de l'objet par un critérium purement matériel, comme dans l'art. 1110 C. civ. fr. Bien qu'on s'en tienne encore à un critérium objectif, celui-ci est tiré des usages et de la pratique des affaires, et non d'une distinction prise de la substance de la chose.

§ 6.

16. Reste à déterminer la mesure de l'erreur et à qualifier ce que l'on est convenu d'appeler l'erreur suffisante, appréciation qui devra être commune aux trois catégories d'erreurs. En d'autres termes, lorsque l'on sait quels sont les points, ou les éléments, au sujet desquels l'erreur donnera lieu à nullité, il faut préciser quel degré l'erreur devra atteindre pour qu'elle puisse donner ouverture à une déclaration de nullité. Sur ce point, le premier projet s'en tenait encore à la pure théorie de la volonté, en ce sens que, d'après lui, pouvait donner lieu à nullité, non pas sans doute toute erreur quelconque pouvant constituer un défaut de concordance au sens de l'art. 98 P[1], mais toute erreur qui fût telle que, sans elle, la déclaration n'eût pas été faite; c'était un critérium purement subjectif. On s'en tenait à l'intention du déclarant; c'était à lui, et à lui seul, à donner son importance à l'erreur elle-même, et, par suite, au point sur lequel elle porte. L'autre partie eût été à la merci de toutes les fantaisies du déclarant. La seconde commission a adopté sur ce point un système mixte, mi-partie subjectif, mi-partie objectif, en ce sens que c'est bien encore l'intention purement individuelle du déclarant qui est prise en considération; mais cette intention n'a de valeur que si elle peut se justifier par une appréciation raisonnable de la situation. La supposition que, sans l'erreur commise, le déclarant n'eût pas fait sa déclaration n'est admise que si, d'après une appréciation raisonnable des faits, cette supposition répond à l'interprétation normale. Cela ne veut pas dire qu'il faudrait apprécier si ce point visé, ou l'élément qui a été l'objet de l'erreur, est de ceux qui, au point de vue des usages, auraient une importance suffisante; ce serait, au moins pour la troisième catégorie, celle de l'erreur sur les qualités, confondre le critérium de détermination de l'objet au sujet duquel l'erreur est prise en considération, avec le degré à partir duquel l'erreur produit la nullité; et ce serait d'ailleurs un critérium purement objectif.

17. Ce que l'on veut dire, c'est que, en tenant compte, non pas uniquement des usages, mais des circonstances personnelles au déclarant, et, si l'on peut s'exprimer ainsi, en se mettant en quelque sorte à sa place, il faut que toute autre personne raisonnable ait pu attacher à l'erreur commise la même importance subjective que celle que lui a attachée l'auteur de la déclaration. Et il en sera ainsi pour les trois catégories d'erreurs, même pour la première, lorsqu'il s'agit de défaut de concordance dans l'expres-



sion donnée à la déclaration. A plus forte raison en sera-t-il de même pour la seconde série d'hypothèses, celles visant le contenu de la déclaration, si ce n'est que, pour les points considérés comme essentiels en eux-mêmes, il pourra y avoir présomption de fait que l'erreur qui s'y réfère a, sans autre preuve et à moins de preuve contraire, le degré d'importance exigé par l'art. 119. L'art. 98 P[1]. le disait expressément de certaines erreurs, celles portant sur l'identité de l'objet, par exemple, et autres de ce genre. On a cru inutile d'admettre à ce point de vue une présomption légale; ce qui avait cet autre danger de faire revivre l'ancienne distinction entre les éléments essentiels et accessoires de la déclaration et de faire croire, tout au moins, qu'il n'y eût d'essentiel que ceux indiqués par la loi.

Mais, la disposition supprimée (*Pr.* p. 112; Pl. p. 170) et la distinction écartée en tant que distinction légale, celle-ci ne peut guère ne pas subsister en fait, de façon à produire une présomption de fait en faveur des éléments qui, d'opinion courante, seront admis comme constituant l'essence de l'acte visé par la déclaration, tandis que, pour les autres, dans la mesure où l'erreur qui leur serait applicable pût rentrer sous l'application de l'art. 119, conformément au système qui a été exposé, ce serait au déclarant à faire la preuve que, s'il eût connu, en ce qui les concerne, le véritable état des choses, il n'eût pas fait sa délaration.

18. Enfin, ce critérium d'appréciation quantitative se concilie fort bien, on l'a déjà vu, en ce qui concerne la troisième catégorie d'erreurs, avec l'application préalable du critérium objectif touchant la détermination des qualités à prendre en considération. Pour distinguer ces dernières, il n'y aura à s'attacher qu'aux usages courants, sans tenir compte des circonstances personnelles au déclarant; et, une fois ces qualités ainsi précisées, il restera à rechercher si l'erreur qui s'y rapporte avait le degré exigé par l'art. 119, donc à voir si le déclarant leur avait attaché une importance telle qu'à les supposer inexistantes il n'eût pas émis sa déclaration. De sorte qu'il pourra fort bien se faire qu'une qualité jugée suffisante, d'après les usages courants, fût dans l'espèce jugée insuffisante, d'après les vues personnelles du déclarant. Seulement la réciproque ne serait plus admise (cf. Pl., p. 169-170; Cos, p. 206-207; *Pr.*, p. 110-111).

19. Sur tous ces points, la seconde Commission a donc admis une sorte de sélection entre les conséquences de la théorie de la volonté et celles préconisées par la théorie de la déclaration. C'est un système mixte, qui, au lieu de se placer à un point de vue

absolu, a cherché à tenir compte surtout du point de vue pratique et de la conciliation des intérêts réciproques qui se trouvaient en conflit.

Rappelons enfin que, parmi les conditions d'admissibilité de l'erreur, comme cause d'annulation, on n'exige pas qu'elle ait pu être connue de la partie à qui on l'oppose, c'est-à-dire du destinataire de la déclaration et que celui-ci soit en faute de ne l'avoir pas découverte. Il faut reconnaître toutefois que si, au cas d'erreur dans la teneur même de la déclaration, on ne permettait pas, sous prétexte d'interprétation, d'opposer la volonté vraie à la volonté déclarée, même pour faire apparaître l'erreur et permettre d'attaquer la déclaration elle-même, on en reviendrait, ou à peu près, à exiger, pour que l'erreur fût une cause d'annulation, que celle-ci fût reconnaissable de la part du destinataire de la déclaration; ce sera un point à étudier sur l'art. 133.

§ 7.

20. Reste une difficulté déjà annoncée, et qui n'est pas la moins délicate de toute cette théorie. On a vu qu'au cas d'erreur sur le contenu d'une déclaration, cette dernière, en principe, n'était pas nulle, mais annulable. Or, parmi les éléments qui constituent le contenu d'une déclaration, se trouvent précisément ceux qui, suivant l'acte à réaliser, peuvent être considérés comme les éléments essentiels de l'acte juridique, ou du contrat, s'il s'agit de contrat. Par exemple, l'objet pris dans son identité, dans certains cas, l'identité de la personne, mais avant tout l'acte lui-même qu'il s'agit de réaliser. Si l'erreur porte sur ces différents points, on a coutume de dire, c'est du moins la théorie traditionnelle, que c'est le contrat ou, d'une façon générale, l'acte juridique qui ne peut pas se former, faute d'un de ses éléments essentiels; ou l'on dit encore qu'il n'y a pas vice du consentement, mais défaut de volonté. Celui, par exemple, qui, dans une offre de vente, prend un objet pour un autre, n'a pas la volonté de conclure le contrat, tel qu'il s'est conclu : la volonté des deux parties n'a pas porté sur le même objet. Il n'y a donc pas consentement, le contrat n'est pas annulable, il est nul. Ne doit-on pas encore, dans le Code civil allemand, et en dépit de la généralité d'expression de l'art. 119, admettre la même théorie?

21. L'affirmative a été soutenue. Il y a des cas, dit-on, où l'erreur détruit la volonté elle-même, ou plutôt où elle empêche la déclaration de se réaliser ou l'acte de se former; et par suite

la déclaration est nulle, ou l'acte est nul, sans qu'il puisse être question d'annulabilité. Or la chose est importante au point de vue pratique, ne serait-ce qu'à raison des délais d'annulation de l'art. 121 et des déchéances qui peuvent en résulter pour la victime de l'erreur. Cette dernière, s'il ne s'agit plus d'annulabilité, ne pourrait se voir opposer la déchéance résultant du retard mis à sa déclaration d'annulabilité. Cet intérêt ne serait pas le seul; on a mis en avant également le principe de l'art. 122 sur les dommages-intérêts pour nullité d'acte juridique, lequel suppose une déclaration annulable, donc un acte juridique qui s'était réellement formé. La question doit d'ailleurs être étudiée dans les différents cas qui ont été mis en avant, car, peut-être, ne comporte-t-elle pas une réponse unique donnée en bloc (cf. surtout Leonh., p. 475, suiv.).

22. Le premier cas dont il ait été question est celui d'une déclaration adressée par erreur à une personne autre que son véritable destinataire : c'est la déclaration elle-même qui se trouve non avenue. Cela va de soi, et il n'y a pas à se demander si la désignation de la personne fait partie du contenu de la déclaration; l'erreur porte, non plus sur le contenu, mais sur le destinataire de la déclaration. Je voulais faire un offre à A.; je me trompe et j'envoie ma lettre à B. Ma déclaration ne va pas à la personne à qui elle s'adressait; elle est non avenue.

S'agissant, en effet, du destinataire de la déclaration, celle-ci, n'est valable, comme déclaration, que si elle est faite à celui à qui pensait s'adresser l'auteur même de la déclaration et par le procédé choisi par lui. Cela tient à ce qu'il est de l'essence de la déclaration qu'elle s'adresse à quelqu'un; et, si ce quelqu'un est une personne déterminée, la détermination de la personne est une condition essentielle de la déclaration. Si donc on se trompe de destinataire, la déclaration ainsi faite n'est plus celle qu'avait voulue celui qui l'a faite. Si l'expéditeur se trompe et qu'il adresse son télégramme à un autre que celui qu'il avait en vue, il est bien certain que c'est la déclaration elle-même qui se trouve non avenue; elle ne se réalise pas, elle ne vient pas à existence. Mais cela suppose que l'auteur de la déclaration n'a pas adressé cette dernière à la personne même à qui il voulait l'adresser, cette personne étant considérée dans son individualité. Il y a erreur matérielle de déclaration.

23. Il en serait tout autrement si l'auteur de la déclaration avait bien adressé sa déclaration à la personne qu'il avait en vue, mais que ce fût, en voulant s'adresser à cette personne, qu'il eût

commis une erreur d'individualité. Ainsi j'ai voulu adresser mon offre à B; mais je me suis trompé, et c'est A que j'avais au fond de ma pensée. Il faut supposer qu'il ne s'agisse plus d'une erreur sur l'identité de la personne; sinon, ce serait encore une erreur d'adresse et la déclaration se trouverait adressée à un faux destinataire. Ce ne peut plus être qu'une erreur sur la qualité de la personne; dans ma pensée, je songeais à A., c'est-à-dire à telle personne considérée dans son état civil. Je me suis adressé à B., parce que je lui ai attribué faussement l'état civil que j'avais en vue. Il n'y a plus erreur de destinataire; car, au moment où j'ai adressé la déclaration, c'est bien à B. que je voulais l'adresser. Donc, la déclaration n'est pas nulle. Et toute la question est de savoir si l'individualité de la personne devait être considérée comme étant comprise dans le contenu de la déclaration, ce qui est la question même à laquelle répond le second alinéa de l'art. 119.

24. On a cité en second lieu le cas où, par suite de déclaration équivoque faite par erreur, il y a dissentiment sur l'un des éléments essentiels d'un contrat. Par suite d'une erreur, je fais une offre de vente dans laquelle l'objet que je propose est désigné d'une façon ambiguë, si bien que l'acceptant prend un objet pour un autre et ne vise pas celui que j'avais en vue. Il va de soi que, théoriquement tout au moins, le contrat ne se forme pas; et il en serait de même, encore que l'équivoque ne fût pas le résultat d'une erreur proprement dite, mais d'une simple ambiguïté de rédaction. C'est l'hypothèse où il y a dissentiment, ou défaut de consentement, hypothèse visée par l'art. 155. On a cité, par exemple, le cas où je proposerais la location de l'une de mes deux maisons vacantes, sans désigner, d'une façon suffisamment exacte, celle que j'ai en vue, et l'acceptation porte précisément sur celle que je n'avais pas l'intention d'offrir. L'accord n'a pas porté sur le même objet; alors même que ce désaccord eût été inconscient et ignoré des parties au moment de la formation du contrat, le contrat peut être considéré comme ne s'étant pas formé, au moins sous les conditions de l'art. 155. C'est là, bien entendu, le principe strict; car avant d'en arriver là, il y a deux questions préalables, dont une question d'interprétation, à résoudre et à préciser.

25. La première observation à présenter porte, comme l'a fort bien indiqué Kipp dans sa réédition de Windscheid, sur les conditions mêmes d'application de l'art. 155 (Wind., I, p. 341-7). Car, pour faire apparaître le dissentiment, il faut déjà déduire le sens

apparent de la déclaration, et démontrer que l'accord n'a pas eu lieu. Or, quelle que soit celle des deux parties qui s'est trompée, il est certain qu'à prendre les deux déclarations, elles paraissent concorder; on ne peut en démontrer le désaccord qu'en établissant que l'une des deux parties a donné à sa déclaration un sens différent de celui qui pouvait résulter des termes employés. Or cela ne peut se faire, de sa part, qu'en démontrant le défaut de concordance entre la teneur du texte et sa propre volonté : n'est-ce pas précisément le cas de l'erreur sur le contenu de la déclaration, telle que la prévoit la première disposition de l'art. 119? Il faut d'abord attaquer la forme de la déclaration pour erreur dans l'expression employée, pour pouvoir en conclure ensuite qu'il y a eu dissentiment au sens de l'art. 155. Et cette annulation pour erreur de l'une des deux déclarations ne peut se faire que sous les conditions de délai et de dommages-intérêts des art. 119 à 122. De sorte qu'en réalité l'application pure et simple de l'art. 155 n'est possible que lorsque le défaut de concordance des deux déclarations apparaît en quelque sorte par le rapprochement des termes mêmes qui les expriment. Dans ce cas, il y a eu erreur sans doute de la part des auteurs des déclarations, erreur qui permettrait d'annuler ces déclarations; mais cette question n'est plus en cause. Car l'interprétation normale, telle qu'elle doit être appliquée aux modes de formation et d'expression du contrat, fait apparaître le dissentiment des volontés, de sorte que l'interprétation doit conclure avant tout à l'absence de consentement sur tel ou tel point donné, ce qui donne ouverture à l'application de l'art. 155, avant même qu'il puisse être question d'appliquer l'art. 119 à l'annulation individuelle de l'une ou de l'autre des deux déclarations. Cette limitation des cas d'application de l'art. 155 justifie donc, dans une certaine mesure, le Code civil de n'avoir pas étendu à cette hypothèse les dommages-intérêts pour nullité de contrat, puisque, s'il y a eu erreur de l'une des parties sur le sens de sa déclaration, il a existé une autre erreur, laquelle est commune à toutes deux, qui a été de croire le contrat conclu, en dépit des apparences contraires. Cette erreur, vu le désaccord apparent des déclarations, constitue une faute pour chacun des contractants.

Cette façon d'interpréter l'art. 155 se sépare peut-être par une nuance assez légère de celle indiquée par Kipp (*loc. cit.*), et d'après laquelle il semblerait que, dès qu'il y eût erreur de l'une des parties sur sa propre déclaration, il n'y eût jamais place qu'à l'annulation pour erreur. S'il en était ainsi, on ne voit plus bien

ce qui resterait au domaine de l'art. 155, peut-être uniquement le cas où l'une des déclarations, l'offre par exemple, fût équivoque au sens complet et objectif du mot, c'est-à-dire de telle façon que l'interprétation normale ne pût arriver à faire prévaloir l'un des deux sens sur l'autre. Mais n'est-il pas plus exact en pareil cas de reconnaître qu'une telle équivoque fait disparaître la déclaration elle-même, en ce que elle la rend incomplète (Cf. *infrà*, n° 26)?

26. Quoi qu'il en soit, cette interprétation de l'art. 155 suppose admise une première et préalable solution sur les pouvoirs du juge dans l'interprétation des contrats, puisque, si l'interprétation normale est en faveur du sens adopté par l'une des deux parties, l'acceptant par exemple, on ne permet plus à l'autre d'établir que ce sens n'a pas été le sien et que, par suite, il y a eu défaut de consentement. On ne lui donne que la ressource de l'annulabilité pour erreur. Cette question préalable qui, dans les observations qui précèdent, était supposée résolue, sera étudiée plus à fond sur l'art. 133. On verra que le juge, en matière de contrat, n'a pas à rechercher uniquement le sens vrai qu'a eu en vue l'auteur de l'offre, pas plus que le sens vrai qu'aurait eu en vue l'acceptant; mais le sens normal que devait avoir la déclaration prise en elle-même et interprétée d'après toutes les circonstances de fait qui pouvaient en faire ressortir le but économique. C'est ce sens normal que le juge doit accepter comme étant celui du contrat, celui sur lequel ait porté l'accord des volontés; de sorte que, si ce sens normal est en faveur de l'interprétation que l'acceptant avait faite de la déclaration, cette interprétation sera censée être l'interprétation exacte de l'offre et le contrat sera considéré comme ayant été l'objet d'un consentement valablement donné : il y aura eu concours de volontés. Cette observation répond aux difficultés soulevées par la plupart des exemples cités par les auteurs qui soutiennent l'opinion contraire, Endemann, par exemple. On suppose un étranger voulant louer un appartement et, faute de connaître suffisamment la langue du pays, offrant de louer ce qui correspondrait au rez-de-chaussée, alors que la façon dont il s'exprime laisse croire qu'il ait en vue le premier étage : si cette dernière interprétation est l'interprétation normale, le contrat aura été conclu. Seulement, il sera annulable pour erreur, en vertu du premier paragraphe de l'art. 119. Et l'intérêt pratique de la question existera surtout en vue de l'application des dommages-intérêts de l'art. 122 et des conditions purement objectives sous lesquelles ils sont dus (Cf. End., p. 296, not. 9 et cf. Leonh., p. 507-508). Mais, cette question d'interprétation à part, il n'est

pas douteux, et sur ce point Endemann a raison, que, s'il ressort de la déclaration elle-même que les deux contractants ont visé deux objets différents, l'accord n'est pas réalisé. On appliquera l'art. 155 (Cf. *suprà*, n° 25).

27. Il est vrai qu'avant de supposer le contrat formé d'après le sens apparent donné aux deux déclarations, on pourrait se demander, à ne prendre que l'une des deux déclarations, l'offre, puisque c'est elle qui contient d'ordinaire comme la description de l'acte et qui détermine quel en sera le contenu, si cette offre, à la supposer équivoque en ce qui concerne l'objet, n'est pas nulle, comme étant sans objet. Il y aura lieu de poser la même question pour le cas où la déclaration, sans être équivoque, porterait un objet différent de celui qui a été voulu.

Mais pour le moment tenons-nous en à la déclaration équivoque et supposons que l'ambiguïté résulte des termes mêmes de la déclaration. L'offre apparaitra sans objet par le fait même; de telle sorte qu'il n'est plus vrai de dire, en général tout au moins, que l'accord a porté sur tel ou tel des deux sens possibles, puisqu'on ne peut savoir quel était le sens qui dût s'imposer. Sans doute, il en serait autrement si l'acceptant, par les termes de son acceptation, eût précisé le sens qu'il avait en vue, et que ce sens fût conforme à une interprétation normale du contrat. Dans ce cas, il serait vrai de dire que le contrat doit être considéré comme conclu, et qu'il n'y a de ressources que dans l'annulation pour erreur. Mais, si l'acceptant n'a rien précisé et qu'il se soit contenté d'adhérer à l'offre telle qu'elle se présente, comment faire prévaloir tel sens plutôt que tel autre? Et ne faut-il pas dire qu'il devient impossible de prouver le consentement, même apparent, ce qui serait revenir à l'application de l'art. 155 (Cf. Kipp sur Wind., I, p. 341-7); ou bien que la déclaration est nulle faute d'objet? Il paraît bien cette fois que ce soit, en effet, cette seconde solution qu'il faille accepter, laquelle s'appliquerait d'ailleurs à toute déclaration, même en matière d'acte unilatéral, et en dehors des contrats. Seulement, prenons bien garde; il n'en sera ainsi que lorsqu'objectivement, et par les termes mêmes de la déclaration, celle-ci apparaît réellement sans objet; une simple hésitation, de nature à la rendre ambiguë ne suffirait pas, dès que l'interprétation normale dût permettre de donner la préférence à l'un des sens sur l'autre. Il faut donc, pour qu'il y ait la nullité, que l'ambiguïté soit telle que l'interprétation normale elle-même fasse apparaître la déclaration comme incomplète, et comme nulle de ce chef.

28. Tout ce qui précède s'applique à la déclaration équivoque, celle qui, objectivement, présente un double sens. Nous arrivons maintenant au point véritablement délicat du problème, celui où l'on s'est trompé d'objet. J'ai pris telle maison pour une autre, et je vous propose, à louer ou à vendre, la maison B, au lieu de la maison A, que j'avais en vue. S'il s'agit de contrat, la question est double, exactement comme au cas de déclaration équivoque. Il y a lieu de savoir, à supposer que la déclaration ne soit qu'annulable, et qu'elle n'ait pas été annulée, si ce n'est pas le contrat qui va être nul, en vertu de l'art. 155, pour désaccord sur l'objet : c'est la question subsidiaire. Et la question principale, qui rend la précédente inutile, est de savoir si ce n'est pas la déclaration qui est nulle, faute de volonté, ce qui fait que le contrat, déjà par ce fait même, ne pourrait pas se former.

29. La question subsidiaire est la plus facile à résoudre; car ici le dissentiment ne porte plus sur la déclaration elle-même, mais sur la volonté non déclarée. En d'autres termes, ce n'est pas, comme dans l'exemple précédent, où la déclaration offrait deux objets au choix, de telle sorte que les volontés des parties, telles qu'elles ressortaient de leurs déclarations réciproques, n'eussent pas porté sur le même objet. Ici, à prendre la déclaration en soi, les volontés se sont rencontrées; ce qui a été l'objet de l'acceptation était la chose même qui formait l'objet de l'offre. Le contrat s'est formé d'après le contenu exact de la déclaration; pour parler de dissentiment, il faudrait substituer au contenu de la déclaration relative à l'offre un élément extrait de la volonté réelle et non déclarée. Or, la volonté non déclarée, juridiquement, est non avenue, elle ne peut entrer en ligne de compte que du chef de l'erreur, et en arguant de l'erreur pour faire tomber la déclaration; donc le contrat s'est formé, mais il peut être attaqué pour cause d'erreur relativement à l'une des deux déclarations.

30. Sans doute, il n'en serait plus forcément ainsi, on l'a déjà vu, dans le cas où ce serait par un défaut d'interprétation que les deux volontés se fussent trouvées en désaccord; si par exemple, bien qu'il n'y eût qu'un seul objet indiqué, il l'eût été dans des termes tels que l'on puisse se tromper sur son identité. Celui qui accepte, prenant l'objet pour un autre, se trouve, en vertu même de la déclaration, et d'après cette déclaration elle-même, ne pas donner son consentement relativement au même objet. Si donc le désaccord ressort de la déclaration elle-même, l'art. 155 s'appliquera. La seule question, on l'a déjà vu, serait de savoir si l'interprétation du contrat et, par suite, l'interprétation de l'offre elle-

même ne doit pas se faire dans le sens qui a été adopté par celui qui s'est trompé d'objet, en acceptant ce qui ne lui était pas offert, plutôt que dans le sens vrai où s'était placé l'auteur de l'offre. C'est une question à trancher d'après les principes qui seront posés sur l'art. 133 et sur l'art. 157. Mais toutes ces recherches et toutes ces distinctions deviennent inutiles lorsque, d'après la déclaration elle-même, les deux volontés ont bien nettement porté sur le même objet. Pour soutenir qu'il n'y a pas eu accord de volonté, il faudrait prétendre que l'une des deux déclarations ne répond pas à la volonté réelle de l'auteur de la déclaration, et cela non plus par voie d'interprétation de la déclaration, mais en faisant tomber la déclaration elle-même. Donc, il faut, ou bien l'attaquer pour erreur, ou la déclarer nulle *ab initio*.

31. Est-il donc vrai qu'elle soit nulle *ab initio*? C'est la question principale, à laquelle nous nous trouvons ainsi ramenés. Lorsque l'erreur porte sur l'identité de l'objet, à supposer toutefois que l'erreur eût pu être reconnue du destinataire de la déclaration, ne faut-il pas dire que c'est la volonté même qui fait défaut, en ce sens qu'elle se trouve manquer par rapport à un élément essentiel de l'acte que la déclaration avait en vue? Et alors, c'est la déclaration elle-même qui ne se forme pas, parce qu'elle ne correspond plus à aucune volonté dont elle soit l'expression. En d'autres termes, la question revient à se demander si une déclaration qui se trompe d'objet n'est pas comme une déclaration qui se trompe de destinataire. Il n'est pas douteux, d'autre part, que la question serait la même pour tous les éléments du contenu de la déclaration qui fussent considérés comme essentiels au point de vue de l'effet juridique à produire, tel que serait l'acte à conclure ou l'opération à réaliser. Remarquons dès maintenant que l'assimilation avec la personne du destinataire doit être *a priori* considérée comme hors de cause; car la personne du destinataire n'est pas un élément forcé du contenu de la déclaration, mais un élément qui se rattache à ce fait, très différent, que la déclaration est de celles qui s'adressent forcément à quelqu'un, de telle sorte que l'individualité du destinataire fasse partie du caractère spécifique de la déclaration elle-même. C'est une conséquence qui se rattache à la distinction fondamentale, faite entre les déclarations faites à partie intéressée et celles ne s'adressant à personne. En admettant ainsi la nullité pour erreur sur l'identité du destinataire, on ne peut plus dire, par conséquent, que l'on fasse une distinction parmi les éléments faisant partie du contenu de la déclaration, pour admettre au cas d'erreur sur les uns une véritable nullité,

tandis que, dans tous les autres cas, il n'y aurait qu'annulabilité.

32. Lors, au contraire, que l'on pose la question sur l'objet ou sur l'acte juridique lui-même, c'est bien une distinction de ce genre que l'on présente; et on s'expose de ce seul chef à faire revivre toutes les classifications, si compliquées de jadis, sur les erreurs essentielles et celles qui ne le seraient pas. C'était d'une façon objective que l'on avait la prétention de classer les erreurs, par l'importance de leur objet, suivant que celui-ci était un élément essentiel ou non de l'acte juridique. Et, pourtant, ce n'étaient que chicaneries et casuistique. La même casuistique va revivre à un autre point de vue; pour déterminer, parmi les erreurs, celles qui donneront lieu à nullité ou à simple annulabilité. Car, cette fois encore, c'est par une appréciation purement objective des éléments essentiels de la déclaration qu'il faudra se décider.

33. On prétend que la différence se justifie par ce fait que, si l'objet fait défaut, c'est la volonté elle-même qui n'existe plus, puisque la partie qui fait la déclaration, supposons une offre pour faciliter la démonstration, a subordonné forcément la validité de sa déclaration à la spécialisation de l'objet. Mais est-ce que la situation n'est pas la même toutes les fois que l'auteur de l'offre a voulu faire d'un des éléments du contrat, la cause par exemple, un élément essentiel, auquel il entende subordonner la formation du contrat? Et cependant, dans tous ces cas, il n'y a place que pour l'annulation de l'offre, et par suite du contrat.

34. C'est donc le système du code allemand, qui est tout différent de celui de l'école traditionnelle, et c'est ce que l'on n'a pas assez vu. Son principe est de n'accepter comme volonté des parties, mettons comme volonté juridique, que la volonté exprimée par la déclaration. Donc, d'après la déclaration, il y a un objet, il y a une volonté portant sur l'élément essentiel de l'acte. Pour faire échec à ce principe, et pour substituer la volonté vraie à la volonté déclarée, la volonté psychologique à la volonté juridique, il faudrait faire tomber la déclaration; et on ne le peut que par une annulation pour erreur. Mais il serait absolument inexact de dire que la justification préalable de la corrélation de la volonté déclarée avec la volonté vraie soit la corrélation première de l'existence et de la validité de la déclaration. Le système de la déclaration est précisément fait pour écarter cette justification initiale. Il faut donc, par une preuve contraire, faire tomber la présomption légale qui s'attache à la déclaration.

35. On prétend que c'est aller contre le principe d'interprétation de l'art. 133, qui permet de s'entourer de tous les éléments

de la cause pour rechercher la volonté réelle. Mais l'art. 133 n'a pas voulu dire que le juge pût ainsi substituer la volonté vraie à celle que porte la déclaration, car ce ne serait plus interpréter une déclaration, mais la modifier et la refaire. L'art. 133 a eu pour but uniquement de permettre l'interprétation la plus large de la déclaration, afin que l'on pût savoir au juste ce que voulait celui qui l'a faite, au moment où il la faisait. Il ne s'agit pas de savoir ce qu'il eût voulu s'il ne s'était pas trompé au moment où il exprimait sa volonté. Au moment où le déclarant offrait tel objet, l'acte de volition qu'il exprimait portait-il sur cet objet lui-même? C'est là tout ce que l'interprète doit avoir à rechercher, et il doit le rechercher par tous les moyens mis à sa disposition ; voilà tout ce qu'a voulu dire l'art. 133.

Il semble bien, d'ailleurs, que, dans les travaux préparatoires de la seconde commission, on ait toujours considéré ces cas d'erreur comme donnant lieu, au moins en principe, à une simple annulation. Car c'étaient précisément les erreurs que Savigny désignait sous le nom d'erreurs faussement qualifiées (*Unächte Irrthümer*), sous prétexte qu'il y avait là défaut de volonté plutôt que vice du consentement; or ce sont celles-là que l'on vise expressément dans le langage de la seconde commission, lorsqu'on fait allusion à l'application de l'art. 119 (Cf. *Pr.*, VI, 147).

36. On comprendrait toutefois une hésitation lorsque, au moment même de la déclaration, celui qui l'a faite a bien voulu tel objet, mais que sa plume, par une inadvertance dont sa volonté n'a pas été consciente, en a désigné un autre. La déclaration, dans ce cas, n'exprimerait plus ce qui était contenu dans l'acte de volition dont elle émane. L'interprétation de la déclaration montre qu'elle exprime ce qu'elle ne voulait pas, et que, par suite, la volonté qu'elle manifeste est de n'être pas valable telle qu'elle est exprimée.

Cette façon de raisonner revient encore à faire le procès de la première disposition de l'art. 119; on introduit dans la déclaration une sorte de condition tacite qui ne peut être vérifiée qu'en faisant appel à la volonté vraie, à l'encontre de la volonté déclarée.

D'autre part, comment vouloir distinguer, au point de vue de l'application de l'art. 133, deux hypothèses aussi voisines que les deux suivantes, par exemple? 1° Je vous offre l'immeuble A parce que j'ai cru qu'il était situé en bordure de telle rue et parce que j'ai cru que c'était bien celui que j'avais en vue; en réalité, j'avais en vue l'immeuble B; et 2° Je vous offre l'immeuble A par suite d'une inadvertance de plume, alors que c'était l'immeuble B

que j'avais dans l'esprit? On aurait pu être tenté de dire que, dans le premier cas, l'interprétation de la déclaration, telle qu'elle dérive de l'art. 133, conduit à reconnaître que la désignation de l'immeuble était bien celle qui était voulue par l'auteur de la déclaration au moment où il la faisait, de telle sorte que la déclaration est valable telle qu'elle a été faite, sauf le recours pour erreur; mais que, dans le second, la même interprétation conduirait à dire que cette désignation n'a pas été voulue du tout, ce qui fait que la déclaration serait nulle.

37. La distinction, à la supposer irréprochable, au point de vue de la subtilité du raisonnement juridique, serait difficile à justifier en pratique. Elle le serait moins encore au point de vue de l'application du premier alinéa de l'art. 119, qui vise précisément l'hypothèse où la déclaration n'a pas été voulue du tout, pas même au moment de l'acte de volition finale. Et, enfin, c'est là surtout la raison décisive, le rôle qu'on fait jouer à l'art. 155, ou plutôt la conséquence qu'on en tire, serait absolument contraire à celle que dussent imposer les principes du droit commun. En se plaçant à ce dernier point de vue, si l'on constate que la déclaration ne correspond pas à la volonté, et qu'elle exprime une volonté qui n'ait jamais été voulue, ce n'est pas la nullité de la déclaration qui devra en dériver, mais la substitution dans la déclaration du sens vrai au sens apparent. J'ai promis l'immeuble A au lieu de l'immeuble B; si le juge apprécie, par voie d'interprétation, que l'auteur de la déclaration a entendu désigner l'immeuble B sous l'expression contraire qu'il a employée, il s'en suivra, si l'on regarde cette substitution comme possible, que la déclaration aura porté sur l'immeuble B. Sera-t-elle nulle pour cela? Absolument pas. Seulement, s'il s'agit d'une offre de contrat qui eût été acceptée en se plaçant sous l'empire de l'interprétation littérale qui portait sur l'immeuble A, l'accord n'aura pas eu lieu et le contrat ne se sera pas formé, conformément aux l'art. 154 et 155.

38. Reste, il est vrai, l'hypothèse, où l'interprétation peut conduire à faire constater une erreur, sans faire découvrir quelle est l'erreur, donc à démontrer que l'objet porté dans la déclaration n'est pas le vrai, sans qu'il y ait certitude sur celui qui eût été réellement visé. Dans ce cas, la déclaration apparaîtrait sans objet; et l'on pourrait dire que, si le contrat ne peut plus se former, ce n'est pas tant pour défaut d'accord des volontés que pour défaut de déclaration. Nous retrouverons ce point plus tard, sur l'art. 133. Tenons-nous-en, pour le moment, à l'hypothèse où la substitu-

tion de la volonté vraie à la volonté déclarée a pu se faire par voie d'interprétation.

39. Il pourrait donc arriver, sans doute, que, en dehors de l'annulabilité pour erreur, il y eût inexistence du contrat sur le fondement de l'art. 154. Mais ce serait là le cas exceptionnel. En principe, il n'y a pas, au moins dans l'hypothèse qui vient d'être étudiée, nullité ou inexistence de la déclaration; de sorte qu'il y aurait lieu encore à l'application des délais de déchéance de l'art. 121 et à celle des dommages-intérêts de l'art. 122.

40. Toutes les solutions qui précèdent résultent de certains principes d'interprétation admis par avance comme étant ceux qui concordent avec le système de l'art. 133. Toute la question serait donc de savoir si l'art. 133 autorise ces procédés d'interprétation et dans quelle mesure il les permet. C'est une question à résoudre sur l'art. 133. Et l'on peut très bien croire, en effet, que, si, des termes de la déclaration interprétés d'après les circonstances de la cause, il dût résulter pour tout le monde, ou tout au moins pour le destinataire, que la déclaration est erronée, le juge aurait le droit, d'après l'art. 133, de considérer l'accord des volontés comme n'ayant pas eu lieu, de sorte que, dans ce dernier cas, il y aurait à combiner à la fois l'annulabilité pour erreur et le défaut de formation du contrat. Mais si l'interprétation normale est en faveur du sens apparent de la déclaration, le juge est lié; il ne peut plus substituer la volonté réelle à la volonté exprimée. Ce sera une question à résoudre d'après les principes à établir sur l'art. 133. Et, dans ce dernier cas, non seulement le contrat se serait formé, mais d'après certaines théories, l'annulabilité pour erreur serait elle-même inapplicable; puisqu'il faudrait, dit-on, que la certitude objective de l'erreur résultât de l'interprétation de la déclaration elle-même. Mais ce dernier point, qui est sujet à discussion, doit être réservé pour l'art. 133.

41. En réalité, sauf dans une hypothèse qui doit être mise à part, il n'y a jamais lieu à nullité de la déclaration, en tant que déclaration. La seule nullité possible est une annulabilité pour erreur, sauf la question de savoir, sur le fondement de l'art. 154, interprété par les art. 133 et 157, si le contrat s'est formé; ce qui est une toute autre question.

§ 8.

42. Il résulte de cette série d'observations que la théorie de l'annulabilité pour erreur, telle qu'elle ressort de l'art. 119,

s'applique d'une façon générale, aussi bien aux contrats qu'aux déclarations unilatérales. Certains auteurs avaient cru devoir avancer le contraire, en se fondant sur les art. 154 et 155 et sur le principe essentiel, d'après lequel il suffirait d'un seul point sur lequel le consentement n'eût pas porté pour que le contrat fût considéré comme n'ayant pas été conclu, ou plutôt, d'après l'art. 155, comme ayant été conclu à l'apparence seulement, sauf preuve contraire, conformément à l'art. 155. Et, d'après cette théorie, il n'y aurait plus, en matière de contrat, à distinguer les erreurs essentielles de celles qui ne le seraient pas, pas plus qu'à s'occuper de savoir sur quel point elles portent. D'après l'art. 155, toute clause qui n'a pas été objet de consentement doit faire considérer le contrat comme non conclu, sauf interprétation de volonté contraire. (Cf. End., p. 296, not. 9). Il en résulterait, comme l'a fait observer Léonhard (p. 507, 508), que toute la théorie de l'art. 119, les distinctions qu'il pose en ce qui touche les points sur lesquels porte l'erreur, comme les conséquences attachées au système de l'annulabilité, tout ce système ne s'appliquerait presque jamais en matière de contrat; car toute erreur aurait pour effet d'établir un désaccord ou un défaut de consentement sur l'un des points faisant partie du contenu du contrat.

34. Il n'y aurait d'autre ressource, pour sauver ce qui pourrait être sauvé de l'art. 119, que d'en revenir à la théorie qui faisait de l'erreur sur les qualités de la personne ou de la chose une erreur sur les motifs, et non plus une erreur sur le contenu de l'acte. Dans ce cas, l'erreur ne porterait plus sur l'une des clauses du contrat, mais sur la partie de l'acte de volonté restée en dehors de la déclaration; et la volonté non déclarée ne fait plus partie des éléments du contrat, ceux sur lesquels doive porter l'accord des volontés. En matière de contrat, la portée de l'art. 119 se réduirait à ce qui ne forme que la partie secondaire du texte, l'erreur sur les qualités; tout ce qui serait erreur sur le contenu échapperait à l'art. 119 pour rentrer sous l'application des art. 154 et 155, nullité au lieu d'annulabilité. N'est-ce pas à peu près la pratique du droit français? La ressource serait, d'ailleurs, bien insuffisante; car il serait difficile d'admettre, étant donnés les larges pouvoirs d'interprétation que l'art. 133 confère au juge, que les qualités répondant aux conditions d'appréciation en partie objective de l'art. 119 ne fussent pas envisagées par les contractants comme faisant tacitement partie de la déclaration ; de sorte que la position prise pour sauvegarder une part au moins des dispositions de l'art. 119 ne pourrait pas se défendre longtemps.

44. La vérité est que tout ce qui fait partie du contenu du contrat doit être considéré comme ayant été l'objet d'un accord de volontés, conformément à l'interprétation normale de la déclaration. Et, par suite, si la volonté, telle que l'avait eue en réalité l'auteur de l'offre, ne répond pas au sens normal de la déclaration, ce sera cependant ce sens apparent qui fournira l'interprétation judiciaire sur laquelle l'accord sera censé avoir eu lieu. Donc, le contrat restera conclu; et il n'y aura lieu qu'à l'application de l'annulabilité pour erreur. Cette théorie s'appliquera aussi bien si l'erreur porte sur des qualités qui eussent fait partie du contenu de la déclaration que sur celles qui fussent considérées comme n'y étant pas comprises, pourvu cependant qu'elles répondent encore aux conditions d'objectivité de l'art. 119.

45. Toutefois, pour celles qui feraient partie du contenu de la déclaration, il y aurait peut-être une distinction à faire, lorsque l'interprétation normale serait en faveur du sens admis par la partie victime de l'erreur et que cette erreur ressortirait de la déclaration elle-même. Dans ce cas, le défaut de consentement ressortirait du contenu de l'acte, et il semblerait alors que les art. 154 et 155 dussent s'appliquer sans distinction. Ce ne serait pas encore tout à fait exact; et il semble bien que l'analyse découvre une nuance finale, suivant que la qualité, même essentielle, ait été réellement prévue ou non; ce qui reviendrait à la distinction faite par la jurisprudence française, sur l'art. 1110 C. civ. fr., suivant qu'il s'agisse d'une qualité ayant fait l'objet ou non d'une déclaration et d'une promesse spéciale : dans un cas, nous disons qu'il doive y avoir résolution pour inexécution des conditions (art. 1184 C. civ. fr.) et que, dans l'autre, il y ait nullité relative pour erreur (art. 1110 C. civ. fr.). D'après une distinction, identique, mais assez voisine, il y aurait, d'après le Code civil allemand, dans un cas nullité fondée sur les art. 154 et 155, et dans l'autre annulabilité d'après l'art. 119.

46. C'est qu'en effet, même, si on admet que toutes les qualités essentielles d'un objet soient implicitement comprises dans la déclaration, il faut reconnaître que très souvent la volonté des parties ne les aura pas spécialement prévues, même sous forme tacite. Non seulement il n'y aura pas de clause spéciale à leur égard, ni même mention spéciale ayant pu s'y référer dans les pourparlers du contrat, mais l'attention des parties n'aura même pas porté, dans son action interne, sur telle ou telle qualité de la chose. Ce n'est qu'après coup, lorsqu'on s'aperçoit qu'elles manquent, qu'on se dit les avoir implicitement voulues. Mais, en

réalité, on ne les avait jamais spécialement voulues. Dans ce cas, peut-on dire qu'elles forment l'un des éléments du contrat et qu'elles aient été l'objet de l'une des clauses du contrat, au sens des art. 154 et 155? Ce serait tout à fait excessif. Elles font partie du contenu du contrat, en ce sens, qu'objectivement et d'après l'usage, elles sont inhérentes à la désignation de l'objet, parce qu'elles en constituent la matérialité juridique. Mais subjectivement, elles n'ont pas fait l'objet d'un acte de volition à part, susceptible de donner lieu à un élément distinct de la volonté contractuelle et comme à une fraction séparée de l'accord des volontés, au sens des art. 154 et 155; pour reprendre l'expression de ces deux dispositions, ce n'est pas un des points du contrat. Donc il ne saurait, dans ce cas, y avoir défaut de conclusion du contrat; il n'y aura, dans tous les cas, qu'annulabilité pour erreur.

47. Mais, s'il s'agit de qualités voulues à l'état distinct, et que la preuve de ce caractère en soit faite par une manifestation extérieure de volonté, telle qu'il n'y ait pas là seulement pure volonté interne, on restera alors dans le domaine des éléments distincts, à individualité propre, qui concourent à l'unité de l'acte : les art. 154 et 155 s'appliquent. Et il n'y aurait même pas à exiger, comme la jurisprudence française, de clause spéciale plus ou moins expresse à cet égard. Il suffirait de la preuve externe d'une volonté spéciale ayant pour objet telle ou telle qualité envisagée à l'état distinct. L'erreur sur cette qualité, à supposer toujours que cette erreur ressorte de l'interprétation normale du contrat, donnerait lieu à nullité, comme toutes les fois que, d'après l'interprétation normale du contrat, il y a erreur sur le contenu de la déclaration. Ce serait la part faite à la nullité; on voit combien considérable encore serait le domaine de l'annulabilité pour erreur, même en matière contractuelle. (Sur toutes ces théories générales relatives à ce que l'on appelle la Théorie de la Volonté, voir, en outre des auteurs cités, SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, §§ 11 et suiv., et *Die Lehre von der Stellvertretung*, 1900, § 10; cf. DUGUIT, l'*État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 196-226, et p. 599 suiv.)

Art. 120. — Une déclaration de volonté qui a été transmise inexactement par la personne ou par l'établissement dont on s'est servi pour la transmission peut être attaquée sous les mêmes conditions que, d'après l'art. 119, une déclaration de volonté entachée d'erreur.

L'art. 120 contient une extension, ou une application, suivant les théories, de l'une des dispositions de l'art. 119, celle visant

le défaut de concordance entre la volonté et la déclaration. Lorsqu'une personne se sert de quelqu'un, ou d'un instrument de transmission, pour faire parvenir sa volonté à celui à qui elle s'adresse, si cette dernière est transmise inexactement, le cas est à peu près le même que lorsque le déclarant s'adresse directement à l'autre partie, par écrit par exemple, et qu'il donne une expression inexacte à ses intentions; ce qui est le cas visé par l'art. 119. A supposer qu'il pût y avoir, au point de vue théorique (cf. M, I, p. 203, ZIT., *Irrtum*, p. 398. suiv.), une nuance à établir entre les deux hypothèses, au point de vue des solutions pratiques, elles devaient être assimilées. Et par suite, au cas de transmission inexacte, par messager ou par télégraphe, peu importe, il paraissait absolument légitime d'appliquer les dispositions de l'art. 119, donc l'annulabilité. Mais cela implique, comme Planck le fait remarquer (I, § 120), que la déclaration ainsi transmise doit être considérée comme émanant de l'auteur de la déclaration; l'intermédiaire n'est qu'un instrument, analogue à ce que serait l'écriture, si le déclarant eût transmis sa volonté par lettre. Or, cette condition ne peut être considérée comme réalisée que si l'intermédiaire choisi agit en vertu d'un mandat qui lui ait été donné, et si la transmission opérée par lui, alors même qu'il y aurait eu erreur, voulue ou involontaire, sur certains de ses termes, rentre dans le mandat qu'il exécute. Si donc un intermédiaire chargé, par exemple, d'une invitation à dîner proposait une vente ou un emprunt, on ne pourrait plus dire que la proposition dût être considérée comme émanant de celui dont l'intermédiaire est le mandataire; et l'art. 119 et l'art. 120 ne s'appliqueraient plus, en ce sens qu'au lieu d'annulabilité, il y aurait une véritable nullité ou inexistence de la déclaration.

2. A l'inverse il peut se faire, au cas d'intermédiaire au sens large du mot, que l'idée de mandat fasse défaut et qu'il y ait transmission directe, sans utilisation d'une personne proprement dite, comme si, par exemple, le déclarant télégraphiait lui-même sa déclaration; à plus forte raison, l'analogie avec l'art. 119 devraitelle être admise, car dans ce cas les objections théoriques à l'assimilation se trouveraient même complètement écartées. C'est d'ailleurs en vue surtout de cette hypothèse que l'on a quelque peu modifié la rédaction de l'art. 101 P[1], qui ne visait que le cas d'une personne intermédiaire, le télégraphiste, par exemple. Mais l'intermédiaire pourrait être l'administration des télégraphes sans qu'il y ait de télégraphiste que l'on eût chargé spécialement de

la transmission (Cf. ZIT., *R. G.*, II, p. 40). Il fallait donc parler, non seulement de personne chargée de la transmission, mais d'établissement, non plus chargé de l'envoi, mais employé pour la transmission. La nuance est très sensible; de là, la rédaction actuelle de l'art. 120. Il est vrai que, si l'art. 120 doit comprendre le cas où le déclarant expédie lui-même sa dépêche, on pourrait se demander s'il n'en serait pas de même lorsqu'il emploie le téléphone, question à reporter aux art. 130 et 147. Enfin, si l'assimilation avec les hypothèses visées par l'art. 119 ne fit aucun doute en ce qui touche l'admission de l'annulabilité, il n'en fut pas de même des conséquences de l'annulabilité elle-même, au point de vue des dommages-intérêts (*Pr.* I, p. 117), comme on le verra sur l'art. 122.

Art. 121. — Dans les cas des art. 119 et 120, l'annulation doit se produire dans un délai non imputable à faute (autrement dit, sans retard), depuis que celui à qui l'annulation appartient a eu connaissance de la cause qui la justifie. Lorsqu'elle a lieu à l'égard d'un absent, elle sera considérée comme faite en temps utile, du moment que la déclaration d'annulation aura été envoyée sans retard.

L'annulation se trouve exclue, lorsque trente ans se sont écoulés depuis que la déclaration de volonté a été émise.

1. L'art. 121 traite des conditions de l'annulation qui sont spéciales au cas d'erreur; or, il faut remarquer tout d'abord que l'on n'a pas à rechercher si l'erreur a été connue ou non des deux parties et par suite si elle a été connue de la partie avec laquelle a contracté la victime de l'erreur, ou partagée par elle. On ne s'occupe pas davantage de savoir si celui qui s'est trompé a une faute ou une négligence à se reprocher (Cf. Cos, p. 308). Du moment qu'il y a eu erreur ou défaut de concordance entre la déclaration et la volonté, le consentement n'est plus intact et l'acte est vicié; la seule concession qu'on ait cru devoir faire aux partisans de la théorie connue sous le nom de théorie de la déclaration (Cf. note sur l'art. 119) a été d'admettre comme sanction l'annulabilité, au lieu d'une véritable nullité. Mais allait-on permettre à la partie trompée d'attendre à son gré le moment qui lui parût le plus opportun pour imposer l'annulation, et par suite de spéculer sur les variations de valeur qui pûssent se produire en ce qui touche l'objet du contrat, ce qui serait tenir l'autre partie à sa merci? On a pensé que, pour ne pas s'écarter des données strictes de l'équité, il suffisait de placer la victime de l'erreur dans la situation où elle aurait été si elle avait découvert son erreur au moment de con-

tracter; elle aurait dû se décider sur-le-champ pour accepter ou refuser. Il doit en être de même si cette découverte n'a lieu que postérieurement (*Pr.* 113); non pas qu'on l'oblige à opter sur le champ, immédiatement, et sans prendre le temps de la réflexion. Le texte parle d'une déclaration faite sans retard, et non pas faite immédiatement; et l'art. 121, dans une définition à laquelle on a voulu donner une valeur technique, nous apprend que, lorsqu'on parle d'agir sans retard, cela veut dire sans retard imputable à faute. Mais il faut remarquer que cette obligation d'opter sans retard ne prend date qu'à partir de la découverte de l'erreur. Le doute ne suffirait pas, il faut la certitude; et tant que cette certitude n'est pas acquise, le droit d'imposer l'annulation ne peut être perdu. Il en est ainsi, même si le défaut de découverte de l'erreur est lui-même la suite d'une faute ou d'une négligence; comme si, par exemple, la partie à laquelle la déclaration était adressée avait répondu par une lettre qui eût suffi à faire apparaître le malentendu et que le destinataire de la lettre eût négligé de la lire, et autres cas de ce genre (Cf. End., § 72, not. 15, p. 309). C'est pour obvier à cet inconvénient et à l'instabilité qui peut menacer l'autre partie, fût-ce même à son insu, qu'on a cru devoir établir un délai de forclusion à l'expiration duquel le droit d'annulation se trouve définitivement éteint, délai de trente ans; et cela même si l'erreur n'avait pas encore été découverte antérieurement (*Pr.* VI, p. 122, cf. Hölder, *Arch. f. civ. Pra*, t. 80, p. 34-35).

2. Ce délai à part, tant qu'il n'est pas expiré, la déchéance du droit d'annulation ne peut donc jamais être opposée tant que l'erreur n'est pas découverte, même s'il y a eu faute de la part de la victime de l'erreur à ne pas la découvrir, et sauf à se demander si dans ce dernier cas il pourrait y avoir lieu à dommages-intérêts pour nullité de contrat. De sorte que, pour opposer cette déchéance, l'autre partie a donc à prouver deux choses, d'abord que l'erreur avait été découverte et ensuite que, depuis cette découverte, il y a eu retard imputable à faute; et cette dernière preuve sera parfois assez difficile. Comment établir en effet que celui qui se prévaut de l'annulation connaissait depuis quelque temps déjà l'erreur qu'il invoque comme cause d'annulation? D'autre part, si l'autre partie a su la découverte de l'erreur et que chacune des deux parties ait été avertie que son adversaire connaissait exactement la situation, on peut supposer, dans ce cas, que la victime de l'erreur a pu, sans qu'on puisse la taxer de négligence, attendre quelque temps avant de prononcer l'annulation, dans la persuasion légitime dans laquelle était que son adver-

saire devait considérer cette annulation comme acquise, et qu'il n'oserait pas se prévaloir de la déclaration faite. Aussi a-t-on proposé parfois de considérer qu'en pareil cas il n'y aurait jamais lieu à retard imputable à faute (Cf. Cos., p. 208); mais cette opinion n'a pas prévalu, vu que, si l'autre partie peut s'attendre à l'annulation, elle a droit à être fixée promptement sur la décision de l'intéressé, et il lui importe de sortir d'incertitude. Si donc l'intéressé prolonge cette incertitude, il commet une faute à l'égard de l'autre partie. Tout ce que l'on peut dire, c'est que l'appréciation de la faute étant remise à la décision du juge et devant se faire conformément aux usages de la vie, il pourra être beaucoup plus facilement admis en pareil cas que le retard, s'il n'est pas excessif, ne soit pas un retard constitutif de faute. (Cf. Pl., p. 171.) Mais ce qui semble bien généralement accepté, c'est que, même dans ce cas, lorsque l'autre partie a connu l'erreur et que les deux parties ont su chacune, pour ce qui est d'elle, que l'autre était au courant, il peut encore y avoir faute de la part de l'intéressé à ne pas se déclarer à temps. Aussi Eck, tout en reconnaissant que la déchéance du droit d'annulation pourrait se trouver justifiée d'après les termes stricts de l'art. 121, proposait de donner à la victime de l'erreur, à qui l'autre partie opposerait la déchéance sur le fondement d'un délai tardif au sens de l'art. 121, une exception de dol tirée de ce fait qu'il y a violation des règles de la bonne foi à s'opposer à la nullité de la part de celui qui a connu l'erreur et qui, de plus, a su que la victime s'en était aperçue. Mais cette ressource elle-même ne paraît pas devoir être admise par les auteurs; les deux parties ont beau être au courant chacune de la situation l'une par rapport à l'autre, celle que menace l'annulation a droit à être fixée promptement. Pourquoi, si le retard se prolonge, ne pourrait-elle pas présumer une renonciation de la part de son adversaire, présomption qu'elle ait droit d'invoquer, même sans trahir les règles de la bonne foi? En tout cas, le fait d'opposer à l'intéressé la faute qu'il a commise à prolonger l'incertitude, sauf à se montrer plus difficile pour l'admission de l'idée de faute, ne peut guère être considéré comme constituant un dol qui s'oppose à l'application stricte de l'art. 121. (Voir dans End. p. 309, § 72, note 16, la discussion de l'opinion soutenue par Eck.). Le seul point qui pourrait constituer un dol serait le fait, de la part de l'adversaire de celui qui a droit à l'annulation, d'avoir laissé croire à ce dernier qu'il considérait l'annulation comme acquise de plein droit, et le fait par conséquent d'avoir empêché par ses manœuvres frauduleuses

de déclarer l'annulation à temps, auquel cas il y a lieu à réparation pour délit; et par suite le droit d'opposer la déchéance résultant du retard fautif n'existerait plus.

L'annulation se réalise par une simple déclaration de volonté à laquelle s'appliquent les dispositions des art. 130 et suiv. C'est ce que l'on verra plus amplement développé sur l'art. 143. Et voilà pourquoi cette déclaration ne peut pas résulter d'une simple attitude passive de celui qui ait droit à l'annulation.

Art. 122. — Lorsqu'une déclaration de volonté est nulle conformément à l'art. 118, ou qu'elle est annulée sur le fondement des art. 119 et 120, le déclarant doit, si la déclaration est de celles qui doivent être adressées à une personne déterminée, réparation envers cette dernière, ou, sinon, envers un tiers quelconque, du préjudice que cette personne ou le tiers a éprouvé pour avoir cru à la validité de la déclaration, mais sans que le montant de l'indemnité puisse dépasser la valeur même de l'intérêt que la partie en cause aurait eu à ce que cette déclaration fût valable.

Il n'y a plus lieu à réparation lorsque la partie victime du dommage connaissait la cause de nullité ou d'annulabilité, ou qu'elle dût imputer à sa négligence de ne l'avoir pas connue (autrement dit, si elle devait la connaître).

1. L'art. 122 traite, d'une façon générale, pour le cas d'erreur ou de déclaration purement apparente et nulle comme telle (art. 118 à 120), de la question de réparation, dont le dernier projet avait traité sous forme fractionnée pour les différentes causes de nullité. (P[1], art. 97, 99, 101, 146.) Il s'agit, par conséquent, des dommages-intérêts pour nullité de contrat, disons d'une façon plus exacte pour nullité d'acte juridique, dommages-intérêts, dont il est question également à propos des obligations, pour le cas de nullité provenant du caractère impossible de l'objet (art. 307 et la note). Dans les deux cas, le montant de l'indemnité devra comprendre les mêmes éléments d'appréciation. Et l'on s'en tient sous ce rapport à la théorie exposée par Ihering, sous le nom de *culpa in contrahendo*. (Cf. traduct. Meulenaere, *Œuvres choisies*, II, p. 1 et suiv.). Le contrat étant nul, les dommages-intérêts ne peuvent comprendre, en effet, les mêmes éléments de calcul que s'il était valable. Dans ce dernier cas, ils représentent l'intérêt que la partie lésée aurait eu à l'exécution du contrat, c'est-à-dire tout le dommage qui fût résulté pour elle du fait que le contrat n'a pas été exécuté; et dans ce calcul, il faut comprendre même le gain manqué, et, en dehors du gain

manqué, les augmentations de valeur dont l'objet dû aurait pu bénéficier depuis la conclusion du contrat, ce qui peut être considéré comme un des éléments de la perte subie par le patrimoine, et non comme faisant partie des profits espérés et du gain manqué.

2. S'agissant de nullité, les dommages-intérêts ne pourront représenter que le préjudice résultant du fait que la partie lésée a conclu un contrat qui se trouve nul, et du fait, par conséquent, qu'elle a cru à sa validité et qu'elle a agi en conséquence : ce qui comprendra, non pas forcément tous les éléments de la valeur de la chose, comme dans le cas précédent, et encore moins le gain manqué, mais la perte causée au patrimoine par ce fait qu'on s'en est tenu à un contrat que l'on croyait valable. Si, en effet, aucun contrat n'avait été conclu, la partie contre laquelle la nullité est déclarée n'aurait eu à compter, ni sur les augmentations de valeur de l'objet, ni sur les profits qui fussent résultés pour elle de la possession de ce dernier; donc, le contrat étant nul, elle ne peut faire entrer en ligne de compte tous ces éléments positifs d'indemnité. Mais, d'autre part, ayant cru à un contrat valable, elle peut avoir fait des frais relativement à la conclusion du contrat, elle peut surtout avoir manqué d'autres occasions plus avantageuses, ou tout aussi avantageuses, occasions qui peuvent ne pas se renouveler, ce qui constituerait pour elle un dommage se rattachant directement à la nullité du contrat et au fait de la croyance déçue dans la validité du contrat. Ce sont les éléments négatifs de l'intérêt contractuel, représentant l'intérêt qu'on aurait eu à ne pas contracter, ou plutôt à ne pas faire un contrat annulable, tandis que l'intérêt pour inexécution représente celui qu'on avait eu à contracter : intérêt contractuel positif, d'une part, intérêt contractuel négatif, d'autre part; c'est la terminologie désormais adoptée depuis Ihering. Et Cosack (p. 203) donne l'exemple suivant, d'une personne qui fait une commande en l'air, chez un bijoutier, d'une parure de 80,000 Mk., et dans des conditions telles que l'achat soit nul conformément à l'art. 118; et il suppose que le gain du marchand soit de 30,000 Mk., le tout lui revenant à 50,000 Mk. Si l'acheteur, s'apercevant de la méprise, déclare la nullité sur-le-champ, il ne devra aucune indemnité. Sans doute, le marchand ne gagnera pas les 30,000 Mk. que lui eût rapportés le contrat; mais c'était là l'intérêt positif qu'il aurait eu à l'exécution, intérêt qu'il n'a pas le droit d'invoquer, le contrat étant nul. Si, au contraire, le prétendu acheteur a tardé de quelques jours et que, dans cet intervalle, se fût présenté, pour le marchand, une occasion ferme

de vendre la parure pour 75,000 Mk., il subit une perte de 25,000, provenant du fait qu'il a cru à la validité de la première vente : ce sera l'intérêt négatif, intérêt pour nullité de contrat, tel qu'il lui sera dû par l'acheteur. Mais si cette occasion manquée eût consisté dans une offre de 85,000, la réparation pour intérêt contractuel négatif n'en resterait pas moins fixée au chiffre maximum de 30,000, lequel eût représenté l'intérêt positif que le vendeur aurait eu à l'exécution, si la vente eût été valable

3. Enfin, cet intérêt négatif cesse lui-même de donner droit à réparation, lorsque la partie lésée avait connu la cause de la nullité ou qu'elle soit en faute de ne l'avoir pas connue : l'art. 122 donne ainsi une définition technique de ce qu'il faut entendre juridiquement lorsque la loi dit d'une personne, par rapport à une des circonstances relatives au fait juridique qui se trouve en cause, qu'elle devait la connaître; cela implique qu'il y ait négligence de sa part à ne l'avoir pas connue; et c'est ainsi qu'il faudra traduire l'expression analogue que reproduit l'art. 307.

4. Mais si, en ce qui touche l'appréciation de l'intérêt en cause et le calcul de l'indemnité, la conception est la même toutes les fois qu'il y aura lieu à dommages-intérêts pour nullité de contrat, qu'il s'agisse des hypothèses de l'art. 122 ou de celles de l'art. 307, il n'en est plus de même en ce qui concerne les conditions d'admission de la responsabilité. Dans le cas de l'art. 307, la responsabilité pour nullité de contrat est encore une responsabilité subjective, impliquant une faute ou une imprudence de la part de celui qui a pris l'initiative du contrat. S'agissant de nullité pour impossibilité de l'objet, pour que, par rapport à celui qui a pris l'initiative du contrat, la responsabilité soit en cause, il faut qu'il soit en faute de n'avoir pas connu ou prévu cette impossibilité. Il est des cas, par conséquent, où il pourra y avoir lieu à nullité sans qu'elle implique obligation à réparation. Au contraire, dans les hypothèses de l'art. 122, la responsabilité est purement objective; du moment que la partie lésée n'a, quant à elle, aucune faute à se reprocher, réparation lui est due dans tous les cas, même si l'autre partie, celle à qui appartient la nullité, n'est coupable d'aucune imprudence et que la méprise dont elle a été cause, l'erreur qu'elle a commise, ou l'irrégularité provenant du moyen de transmission dont elle s'est servi, ne sauraient à aucun degré lui être imputables. On en revient, sur tous ces points, aux théories depuis longtemps proposées par les partisans de la théorie de la déclaration (v. note sur art. 119). Si l'on ne doit pas aller, dans tous les cas où le consentement fait défaut,

jusqu'à considérer la déclaration comme valable par le seul fait qu'elle a été émise sous forme juridique, au moins faut-il exiger que, dans tous les cas, qu'il y ait eu faute ou non, l'auteur de la déclaration soit responsable du dommage qu'il aura causé : c'est le principe que quiconque fait une promesse est lié à sa promesse. Tout homme est lié à sa parole; ce que l'on exprime dans le langage populaire lorsqu'on dit que l'on n'a qu'une parole : *Ein Mann, ein Wort!* La sécurité des relations exige donc que toute déclaration de volonté ayant par elle-même une valeur juridique, alors même qu'elle ne serait pas valable au point de vue de l'objet qu'elle avait en vue, engage la responsabilité de celui qui l'a faite (Cf. *Cos.*, p. 202). Toute déclaration de volonté émise en vue d'un effet de droit est elle-même un fait juridique qui, par elle-même, produit des effets juridiques, indépendants de ceux qu'elle avait en vue; ces derniers peuvent faire défaut, les effets juridiques attachés au seul fait de la déclaration n'en subsistent pas moins. Et ces effets ne sont pas la conséquence d'une faute commise, car il ne s'agit ni d'un délit ni de responsabilité délictuelle, ils sont la conséquence du seul fait de la déclaration, en tant qu'elle a la valeur d'un fait juridique. Quant à la distinction faite au point de vue du cas prévu à l'art. 307, voir art. 307 et la note.

5. Enfin, l'art. 122, en ce qui touche celui qui aura droit de ce chef à réparation, distingue entre les déclarations que l'on doit adresser à une personne déterminée et celles qui, n'ayant pas à être adressées à quelqu'un, n'ont pas à être reçues par l'intéressé. Dans le premier cas, seul le destinataire, celui à qui s'adresse la déclaration, a droit à réparation, et les tiers intéressés n'ont rien à réclamer. Ils n'ont pas été mis en cause par l'auteur de la déclaration, celui-ci ne s'est pas adressé à eux, il n'est pas responsable vis-à-vis d'eux. Et Planck déclare qu'il en serait ainsi même au cas de contrat pour autrui; la déclaration ne s'adressant pas au tiers bénéficiaire, celui-ci, encore que le contrat soit nul, n'a rien à réclamer : ce qui montre bien qu'en pareille matière on a rejeté l'idée d'une offre s'adressant au tiers bénéficiaire. Il n'en serait plus de même des déclarations impersonnelles qui, ne s'adressant à personne en particulier, visent tous les intéressés en général. Quiconque a cru à la validité de la déclaration, quiconque s'est fié à la promesse faite et a agi en conséquence, de façon par exemple à manquer une occasion avantageuse par suite de la croyance où il était, ou de façon encore à entreprendre, sur la foi de cette promesse, des actes impliquant des frais à subir. a droit à réparation pour cause de nullité.

On pourrait citer comme exemple le cas de promesse de récompense, à supposer toutefois que cette hypothèse doive rentrer parmi les déclarations qui n'aient pas à être adressées à quelqu'un (cf. note sur art. 116); ce qui, toutefois, peut sembler douteux, puisqu'il y a bien encore une déclaration que l'on adresse au public, c'est-à-dire à une personne actuellement inconnue du déclarant, mais peu importe. (Cf. End., p. 275, note 2.) Quoi qu'il en soit, on pourrait peut-être, à un autre point de vue, étant donné qu'il s'agit d'une offre impersonnelle, la ranger dans la catégorie des déclarations qui ne s'adressent directement à personne. Et alors on voit comment se ferait en ce cas l'application de l'art. 122. Si en effet, d'après l'art. 657, la promesse de récompense est valable par elle-même, et constitue un engagement qui résulte du seul fait de la promesse, sans qu'il y ait besoin d'acceptation des intéressés, ce qui implique qu'elle ne peut plus être révoquée, sauf dans le cas de l'art. 658, il n'en est pas moins vrai que sa validité dépend des conditions exigées, de droit commun, pour qu'une déclaration de volonté soit valable; elle pourrait donc être annulée sur le fondement des art. 118, 119 ou 120, auquel cas il y aurait lieu de lui appliquer la théorie, et la distinction, de l'art. 122. Mais il faut reconnaître aussi que, si on classe la promesse de récompense parmi les déclarations s'adressant à une partie destinée à les recevoir, encore qu'elle fût personne incertaine pour l'auteur de la déclaration, le résultat pourrait être à peu près identique, puisque, par le fait de l'exécution de la chose visée par l'auteur de la promesse, il y a détermination du tiers auquel la déclaration se trouve avoir été adressée, et que celui-ci peut, en invoquant la première branche de la distinction, et s'il y a lieu à nullité de la déclaration, réclamer des dommages-intérêts.

Au lieu de cet exemple tiré de la promesse de récompense, on peut prendre celui d'une acceptation de succession, laquelle est, sans contredit, une déclaration qui ne s'adresse à personne; et, cette fois, si un tiers se trouve éprouver un préjudice par suite de la nullité, il aura droit aux dommages-intérêts de l'art. 122.

6. Reste une distinction plus importante qui avait été admise par les différents projets (art. 97 P²., art. 118 P³, art. 118 P⁴), en ce qui touche l'application aux hypothèses de l'art. 120 de la responsabilité objective de l'art. 122. Il avait paru, lorsque le défaut de concordance provient du procédé de transmission (art. 120), que, si le déclarant peut encore, en toute justice, être considéré comme responsable, en dehors de toute faute qui lui soit personnelle, comme ce serait le cas, pour prendre

l'exemple d'un fait qui lui fût imputable, s'il eût donné des indications inexactes ou incomplètes, des fautes et négligences des employés chargés de la transmission et auxquels il s'est adressé, et l'on pourrait sur ce point rappeler par analogie le système de responsabilité de l'art. 31, il serait, au contraire, tout à fait injustifié de mettre à sa charge les conséquences provenant d'un accident fortuit, comme serait, au cas de transmission télégraphique, les déviations de courants électriques, susceptibles de produire une perturbation des appareils et, par suite, une transmission inexacte. On citait l'exemple, à l'appui, de la plupart des législations sur la matière, et l'autorité, surtout, des principes généraux consacrés par le droit commun. On avait bien répondu que cette distinction, même au point de vue des principes, était insoutenable; car, du moment que l'on mettait au compte du déclarant la responsabilité des fautes des agents, fautes qui ne lui fussent en rien imputables, c'était admettre qu'il supporte les risques, et que, par le fait seul qu'il emploie un procédé de transmission choisi par lui, il doit être responsable de tout le dommage que cette initiative qu'il ait prise aura pu causer au tiers auquel il s'adresse. Si donc il supporte les risques, pourquoi distinguer entre les risques, et mettre sur le compte du tiers ceux qui proviendraient de la force majeure, puisque le tiers pourra toujours objecter que cet accident, même dû à la force majeure, provient encore d'une initiative qui ne vient pas de lui, mais qui ait été prise par l'auteur de la déclaration? Et d'ailleurs, comment distinguera-t-on cette notion de la force majeure, encore si peu précise et si difficile à séparer de la notion voisine du simple cas fortuit? N'est-ce pas enfin une conception toute relative; et ne pourrait-on pas faire rentrer sous ce terme, si l'on se place au point de vue de l'auteur de la déclaration, des accidents qui, du point de vue des agents chargés de la transmission ou des intermédiaires de transport, pourraient être considérés comme de simples cas fortuits, on peut dire même comme des imprudences, si même l'inverse ne peut pas se produire?

Que l'on suppose une transmission par l'intermédiaire d'un messager. Il s'agit d'une déclaration à porter en traversant des passages difficiles, ou du moins qui peuvent être difficiles à raison de la saison; et il arrive, en effet, que le messager, s'il avait à affronter une traversée de montagne, est surpris par une avalanche, ou mieux encore, s'il s'agit d'un torrent à traverser, que le messager tombe dans le torrent. Il parvient à en

sortir, mais le billet qu'il portait a pu souffrir de l'accident, certains mots ont pu s'en trouver altérés, des équivoques en résulter, et une transmission inexacte se produire. En soi, voilà un accident de force majeure; mais ne peut-il pas se faire qu'il se relie à une faute, soit du messager, s'il a commis une imprudence à prendre un passage qu'il savait dangereux, soit de celui qui l'a choisi, si ce dernier le savait inexpérimenté ou qu'il lui eût donné des instructions en elles-mêmes un peu imprudentes? Dans ce dernier cas, peut-on encore parler de force majeure? Et même dans le premier, admettra-t-on qu'il y ait force majeure par rapport à l'auteur de la déclaration, bien qu'il y ait imprudence du chef de son intermédiaire et qu'il soit responsable des fautes de celui qu'il a choisi? On voit donc toutes les difficultés qui pourraient se relier à une distinction en soi aussi vague et si peu précise. Mais en dépit de toutes ces objections, la seconde Commission avait admis, pour le cas de l'art. 120, la distinction proposée. (*Pr.* I, 117-118.) Ce fut la Commission du Reichstag qui protesta contre cette dérogation, faite pour le cas d'inexactitude de transmission, au principe général de l'art. 122, et qui imposa, pour tous les cas, même pour celui de l'art. 120, une responsabilité purement objective à la charge de celui qui prend l'initiative de la déclaration, et qui, par suite, doit supporter tous les risques de son fait; la sécurité des affaires exigeait qu'il en fût ainsi. (*Ber.* p. 25.)

Art. 123. — Quiconque a été déterminé à émettre une déclaration de volonté par un fait de dol, ayant eu pour but de le tromper, ou par des menaces exercées d'une façon illégitime, peut faire annuler sa déclaration.

Si c'est un tiers qui soit l'auteur du dol, et qu'il s'agisse d'une déclaration à adresser directement à une autre personne, cette déclaration n'est annulable que si cette personne a connu ou aurait dû connaître le dol. Et, si, en dehors de la partie à laquelle doit s'adresser la déclaration, un autre s'est trouvé acquérir directement un droit de cette déclaration elle-même, cette dernière pourra être annulée à son égard, s'il a connu ou aurait dû connaître le dol.

1. Il a toujours été reconnu que le principe de l'annulabilité pour cause de menaces, et surtout de l'annulibilité pour dol, reposait sur une préoccupation d'équité, plutôt que sur la rigueur les déductions logiques. Cette idée, sous une forme un peu différente, il est vrai, a été affirmée également à plusieurs reprises dans les diverses commissions, puisque les solutions qui ont été admises ou,

du moins, certaines d'entre elles, ont été considérées comme inspirées surtout par une pensée de « Politique Juridique » (cf. *M.*, I. 205, *Pr.* I. 120). Cette conception se retrouve déjà dans la pensée qui sert de fondement juridique à la nullité; car il eût semblé, à première vue, pour ce qui est du dol tout au moins, et à lire le texte de l'art. 123, que la raison d'être de l'annulation eût été l'erreur, puisque c'est le mot technique que l'art. 123 a tenu à employer — il est question de manœuvres exercées pour tromper quelqu'un —; et cependant, aussi bien dans les travaux préparatoires que dans les commentaires, il est très nettement déclaré que le fondement et la nullité est uniquement, ici encore, le défaut de liberté de la volonté, comme au cas de violence : une déclaration de volonté ne peut être valable que si elle a été libre (M. I 103, PL., p. 173, cf., REG. I. § 146). Et, en effet, il pouvait être difficile de fonder ici encore la nullité uniquement sur l'erreur, puisque le plus souvent il s'agira d'erreurs qui, en elles-mêmes, eussent été insuffisantes à vicier le consentement, au sens et dans les conditions de l'art. 119 : l'erreur ici ne pouvait plus être une cause psychologique de nullité. Aussi, le côté psychologique faisant défaut, au moins à ce point de vue, on aurait pu être tenté de fonder la nullité sur une idée de délit, et d'en faire un moyen de réparation. Sans nier qu'il pût y avoir un délit impliqué dans le dol, il a été universellement admis que le dol était encore envisagé par ses côtés psychologiques, comme impliquant un défaut de liberté de la volonté.

2. L'erreur n'a donc été envisagée que comme le moyen par lequel l'auteur du dol a pesé sur la volonté : comme un moyen d'action de l'une des parties sur l'autre; et ce moyen d'action étant irrégulier, il est conforme au droit et à l'équité que la victime du dol puisse revenir sur sa déclaration. Toutefois, il importe de bien marquer qu'il s'agit encore d'une cause psychologique de nullité; sans doute l'art. 123 n'exige pas expressément, ou ne paraît pas exiger, qu'il soit établi que, sans le dol ou la violence subie, l'auteur de la déclaration ne l'aurait pas émise (Cf. C. civ. fr. art. 1116), donc qu'il n'aurait pas voulu ce qu'il a voulu. Mais cette nécessité de preuve ressort très clairement de ce fait que la volonté, telle qu'elle a été émise, doit être la conséquence des manœuvres employées. Il faut que le contenu de la déclaration soit dû au dol ou à la violence, puisque l'art. 123 déclare que l'on doit avoir été déterminé à vouloir par suite des manœuvres exercées. C'est donc que, sans elles, on aurait voulu autrement. Il s'agit encore, par conséquent, d'une atteinte au consentement. Seulement, l'at-

teinte au consentement eût été insuffisante en elle-même, et en dehors de l'irrégularité des procédés employés, pour permettre l'admission de la nullité. L'atteinte existe; mais celui qui l'a subie aurait dû, de droit commun, en accepter les conséquences, en vertu même du principe que l'on est lié par sa parole; la sécurité des relations l'exige. Mais, du moment que cette atteinte au consentement n'est plus spontanée, et qu'elle provient d'une action consciente et voulue de la part d'autrui, l'irrégularité du procédé permet à celui qui en a été victime de faire valoir l'atteinte qu'il a subie : à ce point de vue également le droit traditionnel se trouve en concordance avec les exigences pratiques. Donc il y a une preuve psychologique à fournir, en dehors de la preuve du dol ou de la violence, la preuve que, sans la pression ou sans les manœuvres exercées, on n'eût pas donné son adhésion à la déclaration telle qu'elle a été émise; ou plutôt la preuve de la relation directe qui rattache la volonté, telle qu'elle a été donnée, aux manœuvres employées. Il faut que la volonté émise soit uniquement l'effet et le produit de ces manœuvres elles-mêmes. Et c'est cette preuve psychologique qui rend assez difficile à distinguer les hypothèses susceptibles de rentrer sous l'empire de l'art. 123 et celles qui seront comprises dans le domaine de l'art. 119.

§ 1er.

3. Il va de soi que, si l'erreur causée par dol était de celles qui fussent susceptibles de rentrer parmi les cas visés par le premier alinéa de l'art. 119, défaut de concordance de la déclaration, ou erreur sur ce qui forme le contenu de la déclaration, la nullité serait de droit, sans qu'il y eût à faire la preuve du dol, et sans qu'il y eût à se soumettre aux restrictions de l'art. 123, pour le cas où le dol proviendrait d'un tiers; la preuve du dol ne serait utile que pour pouvoir bénéficier d'une prorogation de délai, conformément à la disposition de l'art. 124 comparée à celle de l'art. 121. Et alors dans cette hypothèse, la nullité se fondant sur le dol, et non plus sur l'erreur, comme cause principale et directe de la nullité, il ne faudrait admettre cette prorogation de délai, dans le cas où le dol émanât d'un tiers, que si l'on se trouvait dans les conditions du second alinéa de l'art. 123. C'est donc lorsque l'erreur porte sur les motifs (Cf. Zit. *R. B. G.* p. 113-114), en tant qu'ils ne seraient pas considérés comme impliqués dans le contenu de la déclaration, ou d'une façon générale lorsqu'elle porte sur ce qui ne fait pas partie du contenu proprement dit

de la déclaration, qu'il y a intérêt à soulever la question de dol, puisque, sans la preuve de ce dernier fait, l'erreur ne serait pas de celles que l'on dût prendre en considération. Sur ce point encore, et dans une catégorie qui se trouve à l'inverse de la précédente, la distinction est très nette et facile à établir.

4. Aussi, est-ce en définitive, en ce qui touche l'erreur portant sur les éléments visés par le second alinéa de l'art. 119, erreur sur les qualités de la personne ou de la chose, que la difficulté se trouve en quelque sorte concentrée. Et elle provient de ce que, pour l'application de l'art. 119, il faut que ces qualités puissent être considérées comme essentielles, alors que, d'après l'art. 123, cette condition pourrait paraître n'avoir pas été exigée. Cependant, il résulte des observations précédemment présentées que, là encore, même en matière de dol, il faut que l'erreur ait été telle, que sans elle la déclaration n'ait pas été voulue telle qu'elle a été voulue : n'est-ce pas là tout ce que l'on veut dire lorsqu'on parle de qualités essentielles, en tant qu'il s'agit de celles sur lesquelles l'erreur aurait porté? De là vient la difficulté. Il n'y a, pour la résoudre, qu'à faire observer que, pour se faire admettre comme essentielle, au sens de l'art. 119, il ne suffit pas qu'une qualité ait été jugée comme telle par la partie intéressée, il faut que cette appréciation concorde avec celle qui serait admise conformément à l'usage général (Cf. not. sur art. 119), tandis que, pour reconnaître ce caractère aux qualités sur lesquelles a porté l'erreur, en matière de dol, il suffira de l'appréciation purement personnelle et subjective de celui qui a été trompé, il suffira que, pour lui, elles aient été essentielles, alors même que cette appréciation ne fût pas conforme à celle qui résulterait du sentiment général, et que par suite l'élément objectif de l'art. 119 se trouvât faire défaut (Cf. End., p. 313). On verra dans Cosack des exemples intéressants de cette distinction (I § 65, p. 213). Il faut remarquer, d'ailleurs, que pour les actes, pour lesquels, par exception, la nullité pour erreur se trouve étendue au delà des limites de l'art. 122, comme c'est le cas pour les actes mentionnés à l'art. 2078, l'application de l'art. 123, pour le cas de dol, est à peu près sans intérêt (Cf. Leonh., p. 524).

5. Il y aura donc lieu, lorsque l'erreur ne rentrera plus dans les cas prévus par l'art. 119, et que, d'autre part, elle sera susceptible de fournir une cause de nullité sur le fondement de l'art. 123, de faire la preuve du dol; et par suite il faut en donner une définition. Le premier projet (art. 103 P[1]) avait emprunté purement et simplement l'expression admise pour caractériser le

délit correspondant du droit pénal, *Betrug*, ce qui comprend l'ensemble des atteintes au patrimoine d'autrui causées par des manœuvres frauduleuses ou dolosives, délit pour lequel l'incrimination d'escroquerie du droit pénal français donne une approximation, d'ailleurs, tout à fait insuffisante. Mais on a fait remarquer le danger de cet emprunt au droit pénal, puisqu'on aurait pu être tenté d'en conclure que le dol, au point de vue civil, doit exiger, pour qu'il y ait nullité, les mêmes conditions matérielles, que pour qu'il y ait dol au point de vue pénal (C. P. all[d] art. 263 et Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* § 138); et l'une de ces conditions, au point de vue pénal, est l'atteinte au patrimoine, donc le dommage pécuniaire. Allait-on exiger, comme condition de la nullité, la preuve d'un dommage au patrimoine? C'eût été faire de la nullité pour dol la réparation d'un délit, et non la conséquence d'un vice du consentement (Cf. Liszt *Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht* § 5, p. 22). Aussi la seconde commission a-t-elle préféré prendre, pour caractériser le dol, une périphrase destinée à en fournir comme l'analyse juridique, plutôt que d'adopter une expression technique d'une utilisation dangereuse (Pr. 119 Cf. End., § 73, not. 1). C'est pourquoi nous ne voyons pas figurer dans la définition de l'art. 123 l'élément d'un dommage patrimonial. Non seulement il n'est pas nécessaire que ce dommage ait été réalisé, mais il n'est même pas exigé, comme c'est le cas du dol en matière pénale, que le dol ait eu pour but un profit pécuniaire : il suffit d'une erreur qui ait été causée intentionnellement par le fait de l'auteur du dol, c'est-à-dire en falsifiant volontairement certaines circonstances de fait, ce qui implique des manœuvres positives, ou même en empêchant la vérité de se révéler, ce qui eût impliqué une attitude purement négative.

6. Et alors on a pu se demander si le fait de garder le silence, de façon à ne pas dissiper une erreur que l'on sait exister dans l'esprit de l'autre partie, suffirait à constituer une manœuvre dolosive au sens de l'art. 123, puisqu'en réalité l'erreur ne viendrait plus du fait d'une manœuvre d'autrui, mais qu'elle serait encore purement spontanée dans sa cause initiale et que la faute d'autrui eût consisté, non à la faire naître, mais à la faire persister. En principe, tout le monde reconnaît que le simple silence ne suffirait pas à constituer un fait dolosif au sens de l'art. 123; mais si, des rapports existant entre les parties, ou si même, de la nature du contrat, ou des circonstances dans lesquelles il se conclut, il dût résulter qu'il y aurait obligation de la part de la partie qui s'aper-

çoit de l'erreur de l'autre à la lui révéler, de telle sorte que cette dernière dût s'attendre à être mise en garde par elle contre toute chance d'erreur relativement au contrat, le fait de ne l'avoir pas avertie constituera un fait de dol suffisamment caractérisé. Cosack (p. 214) présente de cette distinction les deux exemples suivants : A. vend à B., à un prix fort élevé, un billet de théâtre pour une place qu'il sait être mauvaise; B. croit le contraire, mais sans avoir provoqué sur ce point une explication de la part de celui qui lui vend le billet. Ce dernier, pour ne l'avoir pas averti, n'a pas commis un dol au sens de l'art. 123. Mais que l'on suppose qu'il soit question d'établir un marché dans une ville, et que ce projet fasse hausser le prix des maisons. M. achète une maison qu'il paie fort cher, et son vendeur N. est le président du Comité chargé de décider de l'établissement du marché. Or il se trouvait que ce projet avait été définivement abandonné la veille, et N. n'en avait rien dit à l'acheteur : c'est un dol au sens de l'art. 123 (Cf. End., § 173, note 2, p. 313 et voir sur ces différents points la thèse de M. Maurice Gand : *Du délit de commission par omission*, Paris, Rousseau, 1900).

8. A côté de l'élément touchant à la matérialité du dol, il faut mentionner celui concernant le point de vue subjectif : le dol implique l'intention. Ce point ressort suffisamment déjà de la définition même de l'art. 123, ainsi que de la conception traditionnelle du dol; et cependant on aurait pu admettre que l'on assimilât au dol, c'est-à-dire à l'erreur causée par des manœuvres intentionnelles, l'erreur qui serait causée encore par le fait de l'autre partie, mais par un fait de pure imprudence; de sorte que l'art. 122 traiterait de l'erreur spontanée, tandis que l'art. 123 viserait tous les cas d'erreur due au fait d'autrui, qu'il s'agisse d'un fait d'intention ou de simple imprudence. Et, du moment que l'erreur serait telle que, sans elle, l'autre partie n'eût pas contracté, on comprendrait que l'on tînt compte dans tous les cas de ce vice du consentement, même sous son appréciation purement subjective, pour l'opposer à celui qui est en faute de l'avoir produit. Si la question peut se poser, au moins en législation, cela vient de l'extension admise par l'art. 123, et dont il va être question ultérieurement, relativement à la faute de pure imprudence commise par la partie avec laquelle la victime du dol a contracté, lorsque cette partie n'était pas l'auteur des manœuvres dolosives, et que sa faute consiste simplement à les avoir ignorées. L'art. 123 admet donc que la victime de l'erreur, du moment que cette erreur n'est plus spontanée, peut la faire valoir à l'encontre

de l'autre partie par le seul fait qu'il y a imprudence de la part de cette dernière : il est vrai que cela suppose encore un fait de dol, c'est-à-dire un fait intentionnel qui soit la cause de l'erreur; et qui dans ce cas émane d'un tiers. Mais cette considération importe peu, du moment qu'il s'agit d'opposer le dol, non plus à celui qui en est l'auteur, mais à la partie avec laquelle on contracte et qui l'a ignoré. Si la nullité est admise à son égard, c'est qu'on se fonde sur l'idée qu'il y a vice du consentement, c'est que l'on s'appuie sur le rapport de causalité entre l'erreur commise et la déclaration émise. Or, nous trouvons une hypothèse où ce vice du consentement est opposable à la partie avec laquelle on contracte par le seul fait que celle-ci est en faute; ne faudrait-il pas en conclure, et logiquement il semble qu'on doive en arriver là, que ce vice du consentement lui serait encore opposable dès qu'il y a faute de sa part, du moment que l'erreur n'est plus spontanée, et alors même que cette erreur serait le résultat d'une simple faute, et non d'un dol. Logiquement, il devrait en être ainsi, du moment que l'on s'appuie encore, d'après l'art. 123, sur l'idée de vice du consentement et non sur l'idée de délit; car s'il s'agissait de délit l'art. 826 exclurait cette conclusion. Mais, précisément, l'art. 123 en admettant, comme on va le voir, la nullité pour dol même à l'encontre de l'autre partie, lorsque le dol émane d'un tiers, par le seul fait que cette partie est en faute d'avoir ignoré le dol, a suffisamment montré qu'il ne se plaçait pas au point de vue des délits et quasi-délits.

§ 2.

9. A la nullité pour dol, l'art. 123 assimile, au moins quant au principe, et conformément à la tradition, la nullité pour violence. Le texte emploie l'expression de menaces, pour qu'il soit bien entendu par là qu'il ne s'agit pas de violence physique, ce que l'on appelle quelquefois la *vis absoluta*, laquelle ne laisserait aucune place à la volonté. Dans ce cas, il n'y aurait même pas déclaration de volonté, et il n'y aurait pas d'annulation à prononcer; la déclaration d'annulation ne serait plus subordonnée par suite aux conditions d'admissibilité des art. 123 et 124 (Cf. *Pr.*, 119; Pl., § 123-3, End., § 73, not. 5). Il paraît même tout à fait conforme aux principes de ranger dans cette catégorie d'hypothèses, comme application d'un cas de *vis absoluta*, exclusive de toute volonté, les promesses qui seraient souscrites sous l'influence de l'hypnose. (Cf. Kuhlenbeck, *loc. cit.*, p. 448 et suiv.) Donc l'art. 123 se contente de simples menaces, pourvu qu'il soit

établi, comme pour le dol, qu'elles sont la cause directe de la déclaration de volonté, c'est-à-dire que, sans elle, la victime de la violence n'aurait pas voulu ce qu'elle a voulu. Mais, d'autre part, on exige une condition nouvelle : il faut que ces menaces soient contraires au droit, ce qui veut dire que ce qui en constitue l'objet ne doit pas être un fait autorisé par la loi. Si donc on menaçait quelqu'un de l'exercice d'une action en justice fondée sur l'existence d'un droit, il n'y aurait pas violence illégitime, au moins en principe; de même en sera-t-il si l'on menace un locataire de lui donner congé dans les conditions autorisées par la loi. Toutefois, certains auteurs ont pu considérer qu'il y a encore violence illégitime, même lorsque les moyens employés en soi sont réguliers, si le but poursuivi est contraire à la loi. Que l'on suppose, par exemple, la menace d'une poursuite en justice, moyen légitime en soi, mais ayant pour objet le recouvrement d'intérêts usuraires, but prohibé par la loi (END., p. 315). C'est ce que l'on exprime quelquefois en disant que la violence peut être illégitime, soit à raison des moyens employés, soit à raison du but poursuivi (Cf. END., *loc. cit.*); et c'est généralement la formule admise en matière pénale lorsqu'il s'agit d'infractions consistant dans un fait de violence. (Cf. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, § 99 III.)

10. Cette assimilation pourra cependant paraître fort contestable puisque, pas plus que pour le dol (Cf. *suprà*), on n'a entendu identifier la violence au sens du droit civil avec la conception juridique que l'on doit s'en faire au sens du droit pénal. (Cf. LISZT, *Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht*, p. 20; V. BLUME, *Beiträge zur Auslegung des D. B. G. B.*, dans *Iherings Jahrb.*, 1898, p. 239.) Et tout d'abord, il est fort douteux que l'on doive encore faire rentrer dans les cas de violence les hypothèses dans lesquelles le but poursuivi serait contraire à la loi, comme par exemple s'il s'agissait de se faire payer des intérêts usuraires, ou d'obtenir une premesse sous la menace de poursuite en justice d'une convention usuraire, en vue d'opérer novation. On doit remarquer avant tout que le fait qui constitue la menace, c'est-à-dire la poursuite en justice, bien qu'il s'agisse d'un moyen de droit qui, en soi, est permis par la loi, ne serait plus ici un moyen régulier, puisque l'objet de la poursuite est illégal; de sorte que toutes les fois que le but poursuivi est illégal, on peut dire que le moyen employé sera toujours irrégulier. Et alors, si ce moyen en lui-même est constitutif de violence, il y aurait toujours violence illégitime, si l'on

admet que des hypothèses de ce genre doivent rentrer dans les cas de violence. Mais il semble bien plus conforme aux principes de considérer, lorsque le but poursuivi en soi est illégal, qu'il y a nullité pour violation de la loi ou atteinte aux bonnes mœurs et à l'ordre public (art. 138), plutôt que n'y voir une annulabilité pour violence; et l'intérêt pratique est que la sanction n'est plus la même.

11. Il y aura donc lieu de ne faire entrer dans le cas de violence que les hypothèses où cette dernière proviendra des moyens employés; et alors reste la question de savoir si le seul fait que ces moyens, en soi, seraient permis par la loi, suffirait à rendre la violence légitime. Il a pu sembler, d'après les autorités citées plus haut, qu'il dût toujours en être ainsi (cf. *suprà*); et cependant si le principe, en lui-même, peut être formulé sous cette forme, rien ne serait plus inexact que de l'admettre sans restriction ni réserve. Que l'on prenne, par exemple, la poursuite en justice, ce que la loi permet et autorise, c'est pour le créancier de poursuivre ce qui lui est dû; mais cela veut-il dire qu'elle lui permette de se faire de cette faculté légale une arme et un moyen pour extorquer une promesse à celui qui serait sous le coup de cette poursuite? Blume a parfaitement remarqué que, ni la doctrine, ni la jurisprudence, françaises ne l'admettent sous cette forme absolue (*loc. cit.*, p. 249-250), et il cite avec raison l'opinion de Demolombe (t. XXIV, n°s 147 et 148), qui distingue suivant les circonstances et le caractère des manœuvres employées, suivant par conséquent que la situation du débiteur aurait été aggravée par l'emploi d'une mesure de poursuite, de telle sorte qu'il y ait eu véritablement atteinte à sa liberté et vice du consentement, ou suivant au contraire que le créancier n'ait fait que substituer un moyen d'exécution à un autre dans des conditions qui ne constituent aucune contrainte véritable pour le débiteur. Or, si la violence au sens du Code civil allemand reste fondée sur l'idée d'une atteinte à la liberté, on ne voit pas bien pourquoi l'exception faite pour le cas de violence légitime ne devrait pas s'interpréter au sens indiqué par Demolombe, en tant que la légitimité du moyen enlèverait à la violence son caractère de menace illégale; et ceci ne se produira que si le moyen dont on s'est servi a été utilisé pour obtenir un fait d'exécution rendu inévitable par la loi, ou tout au moins un fait équivalent qui n'aggrave en rien la situation de celui qui devait le subir. (Cf. CROME, *Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswisenschaft*, I, § 27, note 6.). Cette interprétation paraîtra d'autant plus sûre

qu'elle est en quelque sorte imposée par l'art. 226, qui ne permet l'exercice d'un droit que lorsqu'il est conforme aux usages et qu'il n'a pas exclusivement pour but de nuire à autrui.

12. Mais, de ce que l'état de contrainte doit provenir d'un fait illicite qui ait été accompli en vue d'un acte juridique, il faut en conclure encore que cette contrainte doit avoir pour cause le fait d'autrui, soit de celui-là même auquel la déclaration de volonté est adressée, soit de toute autre personne, mais sous la condition que ce fait ait en vue d'obtenir la déclaration dont il a été l'occasion. Par suite, celui qui profiterait d'un état purement passif ou spontané de contrainte pour bénéficier d'une promesse inspirée par cette violence morale ne tomberait pas sous le coup de l'art. 123. L'exemple classique est celui d'une promesse faite par quelqu'un qui est sous la menace d'un danger pour soi ou pour les siens, lorsque ce danger n'a pas été produit en vue de la promesse qu'il a inspirée. Ainsi ce pourrait être encore un danger provenant du fait d'un tiers, comme une attaque de brigands, lorsque la victime promet une récompense à un passant pour qu'il la délivre; mais cette violence n'ayant pas eu pour objet cette promesse de récompense, ce ne serait pas une violence illicite ayant eu pour but d'obtenir une déclaration de volonté. Cette solution est presque unanimement adoptée en droit français, à raison du texte de l'art. 1112 C. civ. fr., qui parle de violence exercée, et non pas de crainte éprouvée. (Demolombe, *loc. cit.*, n° 150.) Mais les termes de l'art. 123 C. civ. all. ne sont-ils pas équivalents, puisqu il est question de menace illicite en vue de déterminer quelqu'un à faire une déclaration? Les brigands qui attaquent un passant commettent sans doute une violence à son égard, mais une violence qui n'a pas pour but de le déterminer à faire un acte juridique. Cette décision se heurte cependant à deux principes de la matière, l'un qu'il s'agit d'un vice du consentement, et qu'il importe peu, lorsque la volonté n'a pas été libre, que la violence ait eu en vue l'acte juridique qui en a été la conséquence, pourvu que cet acte en soit l'effet direct; et l'autre que la violence donne droit à nullité, de quelque personne qu'elle provienne, et alors même qu'elle viendrait d'un tiers étranger au contrat ou à l'acte juridique qui se trouve en cause. Tout au moins pourrait-on admettre qu'il y ait violence commise à l'égard de l individu victime du danger, lorsque celui qui vient à son secours a fixé lui-même les conditions de son intervention, au lieu d'accepter une promesse purement spontanée, et qu'il en a profité pour exiger des conditions excessives; n'y aurait-il pas, en pareil cas,

un abus constitutif de violence, et une violence ayant en vue d'obtenir une promesse. (Cf. Reg., *Pand.*, I, § 144, note 4.)?

13. Même dans cette hypothèse, et sous l'empire de l'art. 123, on paraît vouloir écarter la nullité pour violence; c'est que le vice du consentement n'a pas été tel qu'il supprime la volonté et qu'il n'est pris en considération que dans la mesure où l'équité se refuse à ce que quelqu'un puisse se prévaloir d'une promesse qui ait sa cause unique dans la violence qui l'a inspirée : ce qui est essentiel c'est que l'acte illicite ait été réalisé en vue d'obtenir la promesse; mais si cette dernière provient de toute autre cause, même d'une violence morale, du moment que cette violence n'a pas été exercée en vue de la promesse, on ne peut plus dire, pour ce qui est du créancier, qu'il y ait une injustice en soi à ce qu'il bénéficie d'un acte juridique qui renferme les conditions essentielles de toute déclaration de volonté; cet acte ne sera donc pas nul en soi. Seulement, il pourra être nul si les conditions en sont excessives, et c'est alors un tout autre point de vue (art. 138 § 2). Ce n'est plus la violence, à elle seule, qu'il faudra prendre en considération, mais les conditions mêmes du contrat et l'appréciation respective des équivalents, ou du moins l'appréciation de la promesse par rapport au fait qui la justifie (art. 138 § 2: cf. Blume, *loc. cit.*, p. 225 et Ennec. I § 79 not. 3, p. 205).

14. Et par là peut s'expliquer, d'ailleurs, une différence de sanction qui étonne au premier abord, celle de l'art. 138 étant la nullité, au lieu de l'annulabilité admise au cas de violence; et cependant la gravité de cette dernière paraît bien supérieure, puisque la menace a eu pour objet direct une détermination de volonté en vue de l'acte juridique intervenu. C'est que dans ce dernier cas on ne considère que le vice du consentement sans apprécier en elles-mêmes les conditions du contrat, tandis que, dans l'hypothèse de l'art. 138, c'est le contrat en lui-même qui choque les usages et porte atteinte à la bonne foi (Cf. Blume, *loc. cit.*, p. 259-260). De telle sorte que, en ce qui touche la question relative à l'exercice d'un droit, si on n'admettait pas l'interprétation précédemment donnée d'après laquelle la menace qui en résulte n'est pas exclusive de l'idée de violence illégitime, lorsqu'il y a abus du droit (Cf. Cod. fed. des obl., art. 27 § 2), au moins faudrait-il faire application de l'art. 138 § 2, du moment que les conditions de l'acte juridique ainsi conclu pourraient être considérées comme abusives.

§ 3.

15. Reste une distinction traditionnelle extrêmement importante admise entre le dol et la violence, et que l'on traduit généralement en disant que la nullité pour violence opère *in rem*, tandis que l'action dérivant du dol reste purement personnelle. Cette façon de s'exprimer, qui pouvait être exacte en droit romain, ne serait pas sans offrir quelque danger d'équivoque en droit moderne; car il semblerait que l'on visât par là surtout l'exercice de l'action à l'encontre des tiers qui tiennent leurs droits de la partie à l'égard de laquelle la nullité pouvait être intentée, alors que l'on se place principalement au regard des tiers étrangers à l'acte juridique entaché de dol, et de qui émaneraient cependant les manœuvres constitutives du dol. C'est ainsi qu'en droit français il est certain que la nullité n'est admise au profit de l'un des contractants que si le dol émane de l'autre partie, tandis que, s'il s'agissait de violence, la nullité pourrait être invoquée contre l'autre contractant, même s'il ne fût ni l'auteur ni le complice de la violence; et cependant la plupart des auteurs sont d'avis que la nullité pour dol, lorsqu'elle est possible, parce que le dol émane de l'autre partie, sera opposable même aux ayants-cause de l'auteur du dol, c'est-à-dire aux tiers tenant de lui les droits qui ont été l'objet de la convention dolosive : c'est donc une nullité personnelle, en ce sens qu'elle n'est acquise que si le dol provient de quelqu'un qui fût partie à l'acte, mais qui devient réelle, en ce sens, qu'une fois acquise elle serait opposable aux tiers (Cf. Bufnoir, *Propriété et Contrat*, p. 618). Il importe donc de séparer très nettement ces deux questions; et c'est d'ailleurs de l'une d'elles seulement que traite l'art. 123, en distinguant suivant que le dol émane de l'une des parties ou d'un tiers.

16. Conformément au droit traditionnel, l'art. **123** distingue entre le dol et la violence, cette dernière donnant lieu à nullité de quelque personne que la violence émane, tandis que, pour le dol, la nullité n'est acquise, en principe et sauf certaines distinctions qui seront indiquées, que si les manœuvres sont le fait de l'autre partie. On aurait pu croire que cette distinction ne pouvait plus guère se défendre au point de vue des principes, et du moment que l'on faisait encore de la nullité pour dol une nullité pour vice du consentement, et non une forme de l'action en indemnité (cf. Bufnoir, *loc. cit.*, p. 613 suiv.). L'idée que la violence est plus grave en soi que le dol n'a aucune valeur, surtout si l'on remarque qu'il est en somme plus facile de se défendre contre une violence



ouverte que contre une erreur qui se cache sous des manœuvres insidieuses. Pour ce motif, sans doute, on a dit et répété que la distinction ne pouvait se justifier que par des raisons de politique juridique. Et l'on a prétendu, entr'autres, que, à certaines époques troublées, il n'était pas rare qu'un individu, agissant pour le compte de tout un groupe d'intéressés, exigeât par menaces une promesse qui dût profiter à tous les autres; auquel cas ce serait mettre le promettant dans une situation vraiment sacrifiée que de l'obliger à prouver, à l'égard de tous ceux qui peuvent avoir droit de se prévaloir de sa promesse, qu'ils connaissaient la violence dont il a été victime, ou mieux, suivant la formule nouvelle que l'art. 123, qu'ils auraient dû la connaître. On ajoute que le dol par définition se prêterait mal à une manœuvre analogue, car on ne comprend guère une erreur qui fût de nature à s'appliquer à toute une collectivité de tiers indéterminés (M. I. p. 206-207, et *Pr.* I. p. 120). Peut-être pourrait-on concevoir au contraire que le cas fût tout à fait de nature à se présenter, dans des conditions sans doute moins fréquentes que pour la violence, mais qui cependant n'auraient rien d'invraisemblable; et puisque c'est surtout sur la difficulté de preuve que l'on insiste, il pourrait très bien se faire, en matière de contrat pour autrui, au profit de bénéficiaires indéterminés, que le dol eût été pratiqué par l'un des intéressés et le bénéfice de la stipulation invoqué par un autre. Est-ce que la difficulté de preuve ne se présente pas en pareil cas dans des conditions équivalentes, et la situation n'est-elle pas aussi difficile pour la victime du dol qu'elle l'eût été pour la victime de la violence dans les cas prévus par les Motifs?

17. Aussi avait-on présenté divers amendements en vue de l'assimilation, sous ce rapport, entre le dol et la violence; assimilation qui pouvait être réalisée sous deux formes très opposées, soit en n'admettant de nullité, pour la violence comme pour le dol, que si les faits générateurs de la nullité émanaient de l'une des parties (amend. 2. *Pr.* p. 118), soit, en admettant toujours la nullité, soit pour le dol, soit pour la violence, sans distinguer, suivant que l'auteur des faits incriminés fût une des parties ou un tiers; sauf à donner à celui contre qui la nullité serait déclarée droit à une indemnité contre le demandeur victime des faits de dol ou de violence, et sous la condition que la partie qui va subir la nullité ne fût pas complice de ces faits ou qu'elle ne fût pas en faute de les avoir ignorés (amend. 4. *Pr.* p. 119). Et il semble bien que ce fût cette seconde solution qui aurait pu être de nature à l'emporter, au moins devant la seconde commission; on a con-

sidéré cependant que, en matière de dol, il y aurait eu quelque chose d'inadmissible à permettre l'action en nullité, pour donner ensuite un recours en dommages-intérêts contre la victime du dol et l'assimiler, sous ce rapport, à la victime d'une erreur. Étant donné qu'il y a eu dol, on ne pouvait plus que difficilement parler de *culpa in contrahendo* au sens de l'art. 122. Mais alors, pourquoi celui qui a reçu de bonne foi, et sans avoir de faute à se reprocher, une déclaration qui fût le résultat de la violence, celle-ci émanant d'un tiers, ne serait-il pas protégé de la même façon que celui qui aurait reçu de bonne foi une promesse donnée, à son insu, sous l'influence du dol, alors que ces manœuvres proviennent d'un tiers? Certains auteurs et non des moindres, avaient pu croire que les raisons données pour justifier la différence étaient tout à fait dénuées de valeur (Cf. Zit. *R. G.*, p. 44, et Leonh., p. 522). On ne peut guère en donner d'autre fondement que celui désigné par les Motifs comme une raison de politique juridique (*Pr.* p. 120); et à condition de se placer au point de vue des conceptions courantes, qui font que l'on croit plus inique de profiter d'une promesse issue de la violence, alors que l'on est absolument étranger à cette dernière, que de bénéficier d'une convention dolosive que l'on aurait acceptée de bonne foi, le dol émanant d'un tiers. C'est ce motif d'équité, fondé sur une appréciation des deux hypothèses, mais appréciation purement traditionnelle, qui a été accepté par les rédacteurs du Code civil comme un motif répondant à la conscience juridique du moment (Cf. Bufnoir, *loc. cit.* p. 617). On verra d'ailleurs que, en ce qui touche le dol, la différence entre les deux hypothèses a été considérablement atténuée par une innovation de la plus haute importance.

§ 4.

18. C'est ainsi que nous avons à voir dans quelle mesure, en matière de dol, il est tenu compte de la bonne foi de la partie intéressée au contrat, et restée étrangère au dol, celui-ci étant supposé commis par un tiers. Or l'art. 123, conformément à l'art. 107 P[1], lequel s'était inspiré en cela de l'art. 25 du Code suisse des obligations, met sur la même ligne le fait, de la part de l'autre contractant, d'avoir connu le dol pratiqué par un tiers, et le fait d'avoir dû le connaître; la négligence et l'imprudence de calui qui contracte avec la victime du dol sont assimilées au dol qu'il aurait commis lui-même (M. p. 207). Rien n'est plus juste,

puisque le refus de protection de la partie trompée ne s'explique que par l'intérêt légitime que mérite celui qui a contracté avec elle; cet intérêt n'est plus en cause lorsque ce dernier est lui-même en faute de n'avoir pas connu le dol dont il prétendait bénéficier. Quiconque entre en rapport de contrat avec un autre doit apporter à la conclusion du contrat toute la diligence exigée pour la sécurité des relations d'affaires. C'est pour cette raison que la victime du dol ne peut opposer le dol à l'autre contractant de bonne foi, car elle aurait dû ne pas se laisser tromper; mais à l'inverse, celui-ci devait empêcher que l'autre partie fût trompée, et s'il est en faute d'avoir ignoré les manœuvres dont elle a été l'objet, la loi ne vient plus à son secours et c'est toute justice. C'est un risque à courir et il l'a couru.

19. En dehors de l'exception admise, au cas de faute de la partie intéressée, relativement au principe que la nullité se trouve écartée lorsque le dol émane d'un tiers, l'art. 123 signale une seconde catégorie de dérogations, tenant à la nature même de la déclaration. La distinction faite entre le dol et la violence, lorsque les faits constitutifs du vice du consentement proviennent d'un tiers, ne s'applique en effet que si la déclaration est de celles qui s'adressent personnellement à un ou plusieurs intéressés, la déclaration faite à partie (voir not. sur art. 116). Pour celles qui ne sont pas faites à partie, la déclaration est toujours annulable pour dol, de quelque personne que les manœuvres proviennent; ainsi en serait-il pour une reconnaissance d'enfant, une acceptation de succession, un testament. On l'admet généralement aussi sous l'empire du Code civil français (Cf. Bufnoir. *loc. cit.*, p. 622); mais en employant un criterium de distinction qui pourrait prêter à équivoque. On applique cet effet impersonnel de la nullité pour dol à ce que l'on appelle les actes unilatéraux; et si cependant on entend par là tous les actes juridiques valables sans qu'il soit besoin de l'acceptation d'une autre partie, il faudrait admettre qu'il en serait ainsi au sujet de tous les actes unilatéraux destinés à produire leur effet à l'égard d'un tiers qui fût partie au rapport juridique préexistant entre lui et l'auteur de la déclaration, par exemple au cas de congé en matière de bail, ou s'il s'agit d'un acte ayant pour objet de fixer le choix en matière d'alternative. Y a-t-il donc véritablement une raison décisive pour que la partie à laquelle ces déclarations sont adressées soit moins efficacement protégée, si elle est de bonne foi et que le dol dont la déclaration se trouve entachée provienne d'un tiers, que ne le serait un véritable contractant? Une fois ces déclarations reçues, elles ne doivent pou-

voir être attaquées pour dol, lorsque celui-ci émane d'un tiers, que si la partie qui les a reçues a connu le dol ou dû le connaître. Tout au moins en sera-t il ainsi dans la théorie de l'art. 123 du Code civil allemand. Il n'y aura donc d'exception à ce caractère personnel de la nullité pour dol que pour les déclarations unilatérales qui, en outre, ne seraient pas des déclarations faites à partie : personne ne peut se dire partie à la déclaration: donc de quelque personne que provienne le dol, il proviendra toujours d'un tiers. Il fallait dans ce cas que la déclaration fût toujours annulable. On tend cependant à faire une exception pour les déclarations faites au public, dans la mesure où elles devraient être rangées parmi les déclarations n'impliquant pas réception; et l'on a vu sur l'art. 116 que ce dernier point était contesté. Il en serait ainsi, par exemple, de la promesse de récompense ou de la souscription de titres au porteur. Mais, d'autre part, les auteurs qui verraient là encore des déclarations n'impliquant pas réception paraissent être d'accord pour écarter la nullité pour dol, lorsque le dol émane d'un autre que celui qui demande à se prévaloir de la déclaration ainsi faite, par exemple d'un autre que le porteur du titre, s'il s'agit de titre au porteur. C'est qu'en cette matière il y a engagement de la part du déclarant à s'en tenir à sa parole, sans qu'il pût y avoir de surprise pour le tiers de bonne foi qui se fierait à sa promesse; celui-ci doit être garanti au même titre qu'un tiers qui eût conclu un contrat proprement dit avec la victime du dol (Cf. Cos., p. 214 d. § 65, not. 4 et p. 198 d.).

20. Cette distinction n'a pas été cependant sans soulever certaines critiques. On a pu dire que, même là où la déclaration, théoriquement, ne s'adresse à personne, il y a toujours un ou plusieurs intéressés qui peuvent être appelés à en profiter et qui sont admis à se prévaloir de l'acte ainsi entaché de dol : lorsqu'ils l'invoquent, n'est-ce pas en fait comme s'ils devenaient partie de l'acte? Et cependant, s'ils sont étrangers au dol, leur bonne foi ne les met pas à l'abri de l'annulation. En quoi la situation de celui qui a été véritablement partie à l'acte est-elle donc plus favorable? On comprendrait la distinction si ce dernier était toujours un contractant à l'égard duquel il y eût promesse réciproque; au cas d'engagement réciproque, on comprend que l'on se montre plus rigoureux pour annuler l'opération, Mais on a vu que, parmi les actes unilatéraux, la plupart impliquaient une déclaration faite à partie, et que par suite la bonne foi de celui à qui elle s'adresse le mettait à l'abri de l'annulation. En quoi sa situation est-elle donc plus favorable que celle, par exemple, d'un créancier hérédi-

taire qui invoquerait à l'encontre de l'héritier l'acceptation que celui-ci aurait faite de la succession (ZIT : *R. G.*, p. 43 et p. 26. Cf. LEONH. p. 522)? Si, pour ce qui est de celui-ci, sa bonne foi ne le garantit pas contre l'annulation pour dol, il devrait en être de même du bailleur à qui son locataire a signifié congé à la suite de manœuvres dolosives; et l'on en arriverait à poser la même question même pour celui qui eût contracté avec la victime du dol. Ce qui revient à se demander pourquoi il n'y aurait pas lieu d'assimiler le dol à la violence; ou plutôt, si l'assimilation paraît faire des progrès dans l'opinion, n'est-ce pas en sens inverse qu'elle devrait se faire? Et la conclusion paraît bien être que ce serait la violence qu'il y aurait lieu d'assimiler au dol, à la condition de ne protéger les intéressés contre l'annulation que si, non seulement ils sont de bonne foi, mais s'ils sont exempts de toute faute relativement à l'ignorance où ils pouvaient être des faits incriminés, et cela sans distinguer entre les actes faits à partie et les autres. Quoi qu'il en soit, la distinction entre ces deux catégories d'actes est formellement faite par l'art. 123, au moins en ce qui touche le dol; et l'on vient d'en voir la portée. Mais il semble que, dans toute cette matière si délicate, la tendance du droit comparé s'oriente de plus en plus dans le sens d'un amendement qui avait été présenté lors de la révision du second projet, et qui fut écarté comme étant trop vague et laissant trop de place à la libre appréciation du juge. On déclarait, sans distinguer entre le dol et la violence, que l'annulation pourrait toujours être admise, sauf dans les cas où elle paraîtrait contraire à l'équité en matière de relations juridiques (*Pr.* VI, p. 128-129).

§ 21. Reste enfin une troisième catégorie d'exceptions au principe que, en matière de dol, et s'agissant de déclaration impliquant réception, la nullité n'est admise que si le dol émane de la partie à qui s'adresse la déclaration : c'est lorsqu'il s'agit d'un tiers qui doive acquérir un droit direct de la déclaration elle-même; et ce que l'on semble bien avoir voulu viser, ce sont les contrats pour autrui. Rigoureusement, le stipulant étant, par hypothèse, étranger au dol, à supposer celui-ci commis par le tiers bénéficiaire à l'égard du promettant, ce dernier n'aurait pas eu le droit d'annuler sa déclaration; ou plutôt il faut supposer le dol commis par un autre que le tiers bénéficiaire, mais celui-ci en ayant eu connaissance ou étant en faute de ne l'avoir pas connu. Si, en effet, on supposait que le tiers bénéficiaire fût l'auteur direct du dol, il semble bien que l'on doive admettre que le stipulant soit toujours en faute, ou de l'avoir ignoré, ou de vouloir profiter du dol de celui pour lequel il

a stipulé. Il faut donc, pour que le promettant ne puisse être autorisé à faire annuler le contrat, que le tiers bénéficiaire ne soit pas l'auteur du dol; mais il peut arriver qu'il l'ait connu ou qu'il soit en faute de l'avoir ignoré. Le contrat restant valable, le tiers bénéficiaire en tire un profit au sujet duquel il a une part de responsabilité. Bien entendu, si l'on supposait au contraire le dol commis par l'un des contractants, ou par un tiers, alors que l'un des contractants fût en faute de ne l'avoir pas su, la nullité serait de droit sans qu'il y eût à tenir compte de la bonne foi du tiers bénéficiaire. Pour que la question se posât, il fallait supposer le stipulant de bonne foi et exempt de faute, et la responsabilité du dol, ou encore de la négligence relative au dol, incombant au tiers bénéficiaire : l'art. 123 déclare en pareil cas que la nullité peut être opposée au tiers bénéficiaire, sans cependant que le contrat soit annulé à l'égard du stipulant. Cette application en matière de stipulation pour autrui paraît bien ressortir des travaux préparatoires relatifs aux différentes Commissions (M. p. 207, Pr. VI, p. 129, Pl. § 123-5, Cos., p. 214 d.).

22. Cette application aux contrats pour autrui a cependant été contestée, pour la raison surtout qu'annuler le contrat dans les rapports avec le tiers bénéficiaire, c'est l'annuler au moins partiellement à l'égard du stipulant, lequel, n'étant pas en faute en ce qui touche les manœuvres dolosives, ne doit pas souffrir du fait que le tiers a pu connaître le dol ou qu'il aurait dû le connaître; et cependant cette annulation partielle équivaudra la plupart du temps à une annulation totale (art. 139, cf. K. Hellwig, *Die Verträge auf Leistung an Dritte*, p. 286). Que l'on suppose par exemple une vente dans laquelle on eût stipulé que le prix, ou moitié du prix, serait versé entre les mains des créanciers du vendeur; si celui-ci a été victime d'un dol que ses créanciers se trouvent avoir connu, annuler le contrat seulement à l'égard des créanciers, est-ce que ce ne serait pas nuire surtout au vendeur? Aussi a-t-on fait remarquer que, d'après le texte de l'art. 123, il fallait supposer un droit acquis à un tiers, d'une façon tout à fait indépendante des droits acquis à celui à qui la déclaration s'adresse, de telle sorte que ce dernier n'ait pas qualité pour exiger lui-même la prestation due au tiers; or, au cas de stipulation pour autrui, le stipulant a le droit d'exiger que la promesse soit exécutée vis-à-vis du tiers bénéficiaire (art. 335, cf. Hellwig, *loc. cit.*, p. 207). Il est vrai qu'on pourrait toujours répondre que le principe de l'art. 123 s'appliquerait à la stipulation pour autrui dans la mesure où l'annulation à

l'égard du tiers bénéficiaire laisserait intacts les droits du stipulant, et dans les cas seulement où il en serait ainsi.

23. Quoi qu'il en soit, ce cas d'application pouvant être contesté, il importe d'en signaler d'autres, et l'on n'a pas manqué d'indiquer celui de la cession de dettes (Hellwig, *loc. cit.*, p. 170, note 337 et p. 286, note 562). Il faut supposer qu'un tiers obtienne par dol d'un créancier qu'il accepte un nouveau débiteur et libère l'ancien; mais celui-ci a connu le dol ainsi pratiqué à l'égard du créancier. Le créancier pourra attaquer la libération qu'il aura consentie de l'ancien débiteur. Mais ici encore bien des complications pourraient se présenter, par suite des théories divergentes admises en matière de cession de dettes; suivant que l'on considérerait comme étant le contrat principal, soit la convention passée entre le créancier et le nouveau débiteur, soit au contraire le contrat de transfert conclu entre les deux débiteurs, l'ancien et le nouveau, l'acceptation du créancier n'ayant la valeur que d'une sorte d'adhésion nécessaire à la réalisation du transfert. Ces divergences de conceptions auraient de l'importance pour le point qui nous occupe, en ce qui concerne par exemple la question de savoir si, le créancier opposant le dol à l'ancien débiteur, qui est en faute d'avoir connu, sans les révéler, les manœuvres dolosives dont il allait profiter, l'acceptation du nouveau débiteur reste intacte, de telle sorte que le créancier garderait les deux débiteurs, ou bien au contraire si ce serait toute l'opération qui se trouverait annulée; et dans ce dernier cas, nous échapperions encore à l'application de l'art. 123, § 2 (cf. not. sur art. 414, 415 et 417).

24. Mais en tout cas, quelles que soient les discussions qui puissent s'élever à ce sujet, il y a certains points qui peuvent paraître hors de doute, l'un surtout, à savoir que cette disposition de l'art. 123 *in fine* ne vise pas les tiers qui ont acquis un droit, non pas directement et immédiatement par l'effet de la déclaration, mais par l'intermédiaire de l'une des parties dont ils seraient les ayants-cause; leur situation n'est plus réglée par la disposition de l'art. 123, mais par le système admis en matière d'annulabilité, en ce qui touche les effets de l'annulabilité à l'égard des tiers. Et la question ne peut se poser que lorsque l'acte juridique a été annulable à l'encontre de celui dont ces tiers tiennent leur droit. C'est un point dont il sera traité à l'art. 142. De même faudrait-il, ou du moins il semble bien qu'il doive en être ainsi, écarter du domaine de l'art. 123 *in fine* le cas où un droit est acquis directement et immédiatement de la

déclaration, mais par voie de représentation. Endemann, cependant, donne l'exemple d'un commissionnaire qui traite directement au nom du commettant, et qui, par ses manœuvres dolosives, a obtenu la conclusion d'une vente; l'acheteur, dit-il, pourrait opposer le dol dont il a été victime au commettant lui-même, parce que celui-ci acquiert un droit direct du contrat (End., § 73, note 3, p. 311.) Mais il est plus exact de dire qu'il en est ainsi en vertu de l'art. 166, et non en vertu de l'art. 123; car si l'on voulait faire application de cette dernière disposition, il faudrait dire que le dol n'est opposable au commettant que s'il a connu, ou s'il a dû connaître les manœuvres pratiquées par son représentant, ce qui serait inexact, d'après l'art. 166.

25. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait interpréter l'art. 123 *in fine* comme si la dernière disposition du texte se plaçait dans l'hypothèse prévue par la disposition qui précède; en d'autres termes, comme si on supposait, d'abord, pour qu'il fût question d'opposer le dol au tiers qui eût acquis un droit direct du contrat, que le dol eût été opposable à celui qui a reçu la déclaration de volonté; et c'est bien ce que semblerait supposer le texte d'Endemann. Il déclare que la condition de l'annulabilité est que celui qui reçoit la déclaration ait été l'auteur du dol ou qu'il en ait eu connaissance, ou enfin qu'il soit en faute de ne pas l'avoir connu; et Endemann ajoute que, lorsqu'il en est ainsi, l'annulation peut être dirigée même contre un tiers qui, sans être celui-là même à qui s'adressait la déclaration, en a retiré cependant un droit direct et immédiat. Il semble bien que l'on doive en conclure qu'Endemann ne donne action contre le tiers bénéficiaire que si la partie à qui s'adressait la déclaration était elle-même responsable du dol et soumise à l'action en nullité. Aussi comprend-on plus facilement l'exemple qu'il propose du commissionnaire qui, en traitant au nom du commettant, commet un dol ou est lui-même responsable du dol; on sous-entend que le commettant est en faute. Mais ce n'est pas du tout ce qui ressort du texte; d'après le texte, on suppose que la responsabilité relative au dol incombe, en pareil cas, non à celui qui recevait la déclaration, mais au tiers bénéficiaire lui-même. Ce qui domine cette partie du texte, c'est la supposition que le dol émane d'un tiers étranger à l'acte; et alors on vise deux hypothèses : celle où la partie à qui s'adressait la déclaration connaissait le dol et celle où, cette partie l'ayant ignoré, il a été connu d'un bénéficiaire acquérant un droit direct du contrat. Et ce qui prouve bien que, dans ce dernier cas, la partie à qui s'adressait la déclaration était

à l'abri de la nullité, c'est qu'on exige pour la faire valoir contre le bénéficiaire que celui-ci ait connu, ou dû connaître, le dol; si la nullité eût été possible contre la personne partie à l'acte, ce dernier tomberait *erga omnes*, et même à l'encontre du bénéficiaire, que ce dernier eût ou non une faute à se reprocher. Et cela ressort encore de l'art. 143, § 2, qui, visant l'espèce prévue à l'art. 123 *in fine*, déclare que c'est au tiers bénéficiaire, dans ce cas, que la déclaration de nullité doit être adressée; ce qui prouve bien que le contrat n'aurait pas pu être annulé à l'égard de la personne partie à l'acte.

26. Si cependant on tient à faire application de l'art. 123 *in fine* en matière de représentation, c'est à une toute autre hypothèse qu'il faudrait songer. L'art. 167 admet, en effet, que la procuration constitue un acte tout à fait distinct du rapport juridique, généralement un mandat, sur le fondement duquel elle intervient, et de même essentiellement distinct de l'acte en vue duquel elle est donnée et que le représentant doive conclure avec un tiers. D'autre part, elle peut être adressée indifféremment, soit au représentant, soit au tiers avec lequel celui-ci doive traiter; il peut donc se faire que ce tiers eût employé des manœuvres dolosives pour obtenir que cette procuration fût conférée au représentant, ou, à supposer qu'un dol eût été commis dans ce but, que le tiers l'eût connu, alors que le représentant l'ignore absolument. Il en résulte, si la procuration est adressée à ce dernier, qu'elle ne peut être annulée pour dol, puisque la responsabilité de ce dol incombe à un tiers et non à la partie à qui l'acte est adressé. Ce sont deux actes distincts; l'auteur du dol est partie à l'acte passé par le représentant, mais non à la procuration donnée à celui-ci en vue de cet acte à réaliser. Cependant, c'est cette procuration qui va faire sortir de l'acte passé avec le tiers un droit direct contre le représenté; s'il s'agissait, par exemple, d'une aliénation à conclure au nom du représenté, c'est la procuration qui va faire passer directement le droit aliéné du patrimoine du représenté dans le patrimoine du tiers. Aussi Planck propose-t-il de permettre au représenté d'opposer au tiers le dol commis par celui-ci ou connu de lui, bien qu'ignoré du représentant (Pl. 217-218).

27. Quoiqu'il en soit, il semble bien qu'il faille conclure de toutes ces divergences, et en dépit des quelques objections qu'on ait pu faire, que ce soit principalemeni aux contrats pour autrui que doive s'appliquer l'art. 123 *in fine* (cf. Höld., p. 276), tout en réservant le cas où la nullité du droit acquis au tiers bénéficiaire équivaudrait à la nullité du contrat lui-même à l'égard

du stipulant. Cette réserve faite, comme on l'a vu plus haut, il paraît tout légitime d'admettre en effet que le tiers qui acquiert un droit direct d'une déclaration dolosive, alors qu'il est en faute par rapport au dol commis, ne puisse se prévaloir du droit qu'il a acquis; il serait tout à fait injuste de le traiter comme un tiers qui n'acquiert son droit que comme ayant cause du stipulant, en qualité de cessionnaire de celui-ci, et à l'égard duquel l'acquisition qui le concerne serait inattaquable, du moment que l'acquisition faite au profit de son auteur serait elle-même inattaquable. Ce sont deux situations très différentes qu'il fallait traiter différemment.

28. Mais le point sur lequel il convient d'insister, c'est qu'en dehors de cette hypothèse les autres exemples qu'on a cru pouvoir proposer sont, sinon tous, du moins presque tous, susceptibles de soulever des difficultés. C'est ainsi que Leonhardt suppose (p. 521) qu'un débiteur obtient par dol que son créancier accepte d'un tiers une dation en paiement; par le fait de la dation en paiement, laquelle n'est pas entachée de dol, un tiers, le débiteur, qui, lui, est l'auteur du dol, acquiert un avantage juridique; donc, à son encontre, le créancier peut se prévaloir de la nullité. Cela n'est pas douteux; mais alors la dation en paiement se trouve désormais sans cause et susceptible d'être annulée; nous sommes en dehors de l'hypothèse strictement prévue au texte, d'après laquelle le contrat principal se trouverait maintenu, bien que le droit acquis au tiers, auteur du dol, fût inopposable à la partie trompée. D'autre part, si, dans l'hypothèse prévue, c'est par une remise directe faite au débiteur que la dette ait été éteinte, le droit à l'annulation se trouve exister par application du principe général de l'art. 123, puisque, ce qui est annulé, c'est le contrat même passé avec l'auteur du dol : celui-ci cesse d'être un tiers.

29. Enfin, il ne faut pas oublier que, dans presque tous les cas où il pourrait imposer l'annulation, celui qui a été victime du dol ou de la violence pourrait, en se fondant sur l'idée de délit, exiger des dommages-intérêts. Mais ce sont là deux domaines très distincts qui sont loin de se confondre. C'est ainsi qu'Hölder (p. 277) a grand soin de faire remarquer, au moins pour ce qui est du dol, la violence constituant toujours un délit, que le fondement de l'obligation délictuelle se trouverait alors dans l'art. 826, et non dans l'art. 823; car il n'y a pas là à proprement parler une atteinte à la liberté, et il n'est pas toujours vrai de dire qu'il y ait atteinte à la propriété ou à un droit déjà existant dans le patrimoine (art. 823). L'intérêt de cette distinction est que, si le délit

se fonde uniquement sur le fait d'un dommage provenant d'un acte contraire aux bonnes mœurs, il ne peut être question que de délit intentionnel (art. 826). Celui qui aurait induit l'autre en erreur par simple imprudence ne serait donc pas responsable par voie d'obligation délictuelle; et dans ce cas le domaine de la responsabilité se trouverait soumis aux mêmes limites que celui de l'annulation. Mais, à l'inverse, la partie contractante, étrangère au dol, celui-ci étant l'œuvre d'un tiers, mais en faute de ne l'avoir pas connu, et à l'encontre de laquelle l'annulation pourrait être déclarée, ne serait pas tenue d'une obligation délictuelle, l'art. 826 ne s'appliquant plus. Il faut rappeler enfin que le droit à indemnité permet avant tout d'exiger que la situation soit rétablie dans son état antérieur (art. 249); et surtout que la partie lésée acquiert une exception perpétuelle pour s'opposer aux poursuites de son adversaire, en tant que celles-ci seraient fondées sur l'existence d'une créance née du délit (art. 853) : toutes solutions qu'il importait de mettre en relief pour le cas où le droit à la nullité se trouverait éteint par expiration du délai de l'art. 124 (cf. KUHLENBECK, p. 446-447).

Art. 124. **L'annulation d'une déclaration de volonté annulable par application de l'art. 123 ne peut être opposée que dans le délai d'une année.**

Le délai commence à courir, au cas de manœuvres dolosives, au moment où celui qui a droit de déclarer l'annulation découvre le dol; et, au cas de violence, au moment où la violence cesse. Quant à la façon dont le délai courra, on appliquera par voie d'analogie les dispositions de l'art. 203 § 2 et des art. 206 et 207, établies en matière de prescription.

L'annulation est exclue, lorsque, depuis le moment où la déclaration a été émise, trente années se sont écoulées.

1. D'après le droit commun, il n'y avait aucun délai de forclusion à l'encontre de la victime du dol ou de la violence, en tant qu'il s'agissait tout au moins de faire valoir les droits qui auraient été cédés à un tiers par l'effet d'un acte juridique entaché de dol ou de violence; et, de même, l'exception qui lui eût appartenu à l'encontre de la poursuite de l'auteur du dol ou de la violence, et dans la mesure où ce dernier eût acquis un droit de créance par l'effet de l'acte ainsi vicié, était-elle perpétuelle. Mais les législations les plus récentes étaient à peu près d'accord pour admettre, en vue de la sécurité des relations, que cet état d'incertitude ne devait pas pouvoir se prolonger indéfiniment, et qu'après un certain délai, défini par la loi, l'annulation devait être exclue. On y

voyait en général une sorte de confirmation tacite; telle est du moins l'explication la plus ordinairement admise en droit français, en tant qu'il s'agit de la prescription de dix ans de l'art. 1304, C. civ. fr. On tendait d'ailleurs de plus en plus à abréger le délai (cf. art. 28, C. féd. obl. et M. I. p. 209). C'est ainsi que, à l'exemple du Code fédéral des obligations, le premier projet (art. 104 P[1]) réduisait le délai à une année.

On avait même demandé, comme pour le cas d'erreur (art. 121), que, en principe tout au moins, l'annulation fût immédiate (*Pr.* 120. V. 2). L'amendement fut d'ailleurs repoussé, sous le prétexte que l'état résultant de la violence n'était pas susceptible d'une précision suffisante pour que l'on pût déterminer exactement à quel moment il avait cessé (*Pr.* 121). Cela vient de ce que l'on n'exige pas forcément, pour qu'il y ait crainte constitutive de violence, que celle-ci résulte d'un état de fait matériel, que de simples menaces suffisent, et même que la violence peut n'exister que dans l'esprit de celui qui la subit, violence présumée et non réelle (cf. Höld., p. 279). Et cependant les mêmes objections n'ont pas empêché l'admissibilité d'un délai précis avec point de départ fixe. On a pensé, sans doute, que la difficulté qu'il pouvait y avoir à déterminer le moment exact de la cessation de la violence présenterait moins d'inconvénients pratiques avec un délai suffisamment prolongé que dans le cas d'un délai réduit à son minimum de durée. Il faut dire aussi que la situation de l'auteur du dol et de la violence était bien moins favorable que la situation de celui qui voulût simplement profiter d'une erreur qu'il n'eût pas provoquée.

2. A ce point de vue même, on aurait pu penser qu'il eût été légitime de supprimer tout délai de forclusion; et certains auteurs, tel qu'Hölder, par exemple (p. 278), ont encore reproché au Code civil de s'être écarté des traditions du droit commun. Mais il ne faut pas oublier que l'annulation, en principe, et sous les réserves qu'il y aura lieu de présenter, a un effet réel opposable aux tiers; que, d'autre part, elle peut être invoquée, au moins à titre d'exception s'il s'agit de dol, à l'encontre d'autres personnes que l'auteur du fait incriminé, et que, enfin, même pour ce qui est de ce dernier, il faut qu'il puisse mettre l'intéressé en demeure de choisir. La plus grosse objection, présentée à l'encontre de cette limitation si étroite, provenait de ce fait que très souvent la victime du dol ou de la violence aura pu hésiter à porter contre son adversaire une accusation aussi formelle, dans l'espoir que celui-ci n'oserait pas se prévaloir des droits qu'il se serait acquis d'une façon aussi incorrecte. Le silence de l'intéressé, même prolongé

pendant un an, n'équivaudrait donc pas à confirmation; et, lorsqu'il aurait ainsi ménagé son adversaire pendant une année, celui-ci, dont l'action serait loin d'être prescrite, pourrait au contraire poursuivre, avec pleine réussite, l'exécution des droits qu'il se serait acquis frauduleusement.

3. Au moins, avait-on demandé, lorsque l'acte juridique entaché de dol ou violence eût engendré un droit de créance au profit de l'autre partie, que la victime des actes frauduleux pût toujours, même une fois le délai passé, s'opposer par voie d'exception à la poursuite de son adversaire. Il était inadmissible qu'on l'obligeât à prendre les devants, et surtout dans le délai d'une année (Pr. p. 121 et Höld., p. 278). On fut, d'ailleurs, absolument d'accord pour admettre devant la seconde commission que, conformément aux traditions antérieures, la victime du dol ou de la violence devait avoir en pareil cas une exception perpétuelle à opposer à son adversaire. Seulement, l'amendement qui avait été proposé en ce sens se présentait sous une forme trop générale, puisqu'en disant que, dans le cas d'acquisition d'un droit de créance par l'effet de dol ou de violence, le délai ne courait plus, on risquait de prolonger indéfiniment l'effet réel du dol ou de la violence, alors qu'on entendait qu'il n'en fût ainsi qu'au point de vue des effets purement personnels nés de l'acte annulable. Aussi fut-on d'accord pour renvoyer la réglementation de cette question à la matière des obligations (Pr. 121-122); et dès lors, la seule disposition qui s'y réfère se trouve être l'art. 853, qui accorde une exception perpétuelle à l'encontre de la poursuite de celui qui, par un acte illicite, s'est trouvé acquérir un droit de créance. Cette ressource subsidiaire suppose donc que, du dol ou de la violence, soit né un délit, ce qui en effet sera toujours le cas. Mais elle suppose en outre que l'exception est opposée à celui qui l'a commis; ce qui écarte cette possibilité, une fois le délai expiré, à l'encontre de la partie intéressée à l'acte et soumise à l'annulation, lorsqu'elle n'a participé ni directement, ni indirectement, à l'acte illicite, dol ou violence. Ce sera le cas, par exemple, en matière de violence, lorsque cette dernière avait été commise par un tiers à l'insu de la partie intéressée, alors que celle-ci n'était même pas en faute de l'avoir ignorée. En matière de dol, sans doute, l'annulation n'est possible à l'encontre de l'intéressé, étranger au dol, que s'il est en faute de ne pas l'avoir connu; mais on a vu précisément qu'il était très douteux qu'en pareil cas la simple imprudence pût engendrer une obligation délictuelle. Il faudrait pouvoir démontrer que, par le seul fait de son ignorance,

la partie qui eût contracté avec la victime du dol eût porté atteinte à sa liberté, à sa propriété ou à l'un de ses droits (art. 823); sinon, si le dol n'est qu'un fait contraire aux bonnes mœurs, celui qui, par sa seule imprudence, est cause qu'il a été commis, n'est plus tenu d'une obligation délictuelle (art. 826, cf. *suprà* note sur art. 123). Contre lui, une fois le délai expiré, l'annulation ne pourra valoir sous aucune forme, même pas sous la forme d'exception opposée à sa poursuite. Après tout, celui qui a eu connaissance du dol dont il a été victime, s'agissant du fait d'un tiers, a commis à l'égard de la partie intéressée, qui, elle, est innocente des manœuvres alléguées, une imprudence dont il lui doit compte, et cela par le seul fait qu'il l'a laissée dans l'incertitude au delà du délai fixé par la loi. Cette dernière a donc comme un droit acquis à considérer le défaut d'annulation comme une confirmation de l'acte entaché de dol. Quoi qu'il en soit, on voit dans quelle mesure, s'agissant de dol, l'art. 853 peut fournir une ressource subsidiaire à celui qui a laissé passer le délai sans se prévaloir de l'annulation. Ces réserves, bien entendu, ne s'appliquent plus au cas de violence, dès que la partie intéressée est en faute d'avoir ignoré la violence. Cette dernière constitue toujours une atteinte à la liberté; et celui qui, par sa seule imprudence, a concouru à un fait de ce genre, reste responsable en vertu de l'art. 823, et sous les conditions de l'art. 853.

4. Il faut ajouter enfin, lorsqu'il y a délit, soit en vertu de l'art. 823, soit en vertu de l'art. 826, que, à supposer l'exécution procurée, et procurée dans des conditions qui n'impliquent pas confirmation, la victime aurait encore, même après l'année expirée, une action fondée sur le délit, en vue d'obtenir réparation et lui permettant par conséquent d'exiger le rétablissement de l'état antérieur (art. 249 sur tous ces points, voir Höld., p. 278, Kuhlenbeck, p. 446).

5. A côté de ce premier délai, le Code civil en admet un second, dont le point de départ est cette fois l'émission même de la déclaration, et dont la durée est de trente ans, délai passé lequel aucune annulation n'est plus possible, même si, s'agissant de dol, par exemple, celui-ci n'eût été découvert qu'après les trente ans expirés. On n'a pas voulu qu'après un si long délai on pût troubler l'état de choses existant. Mais ce n'est pas seulement par leur durée et leur point de départ que diffèrent les deux délais; encore faut-il en distinguer nettement les conditions d'application.

6. Et, tout d'abord, en ce qui touche le point de départ des deux délais, il faut observer que, si rien n'est plus simple que de

préciser celui du délai de trente ans, de nombreuses difficultés peuvent surgir pour ce qui est du délai d'une année. Il faut savoir tout d'abord, comme on le verra sur l'art. 143, que l'annulation ne s'opère pas par voie d'action en justice, mais par simple déclaration faite par l'ayant-droit à la partie intéressée : c'est cette déclaration qui doit être faite dans le délai indiqué, celui-ci compté à partir du moment exact qui lui sert de point de départ; et, si la partie à laquelle cette déclaration doit être faite est absente, il faut, d'après l'art. 130, que la déclaration lui parvienne avant l'expiration du délai (Cf. Pl., p. 174-175). De sorte que la première condition pour que ce délai d'un an puisse courir paraît bien être qu'il y ait un intéressé auquel la déclaration d'annulation puisse être adressée; s'il n'y en a pas, comme au cas de promesse de récompense, on peut donc se demander si le délai commence à courir tant que l'auteur de la promesse ne trouve en face de lui aucune personne individuellement déterminée à qui il doive adresser sa déclaration d'annulation. Les Motifs (I, p. 209) ont prévu le cas pour dire que c'était à la doctrine de résoudre la question; mais la doctrine paraît être d'avis que, tant qu'il en est ainsi, le premier délai, celui d'une année, ne court pas, et qu'il n'y a place que pour le second, celui de trente ans (Cf. Leonh., p. 525-526; voir cependant Pl., p. 175). Peut être y aurait-il sur ce dernier point certaines objections à présenter. Il est préférable de les renvoyer à l'art. 143 (cf. art. 143, not. n° 50).

7. Ce premier délai d'ailleurs, pas plus que le second, ne constitue un délai de prescription. Même en faisant abstraction de la question de savoir dans quelle mesure, au moins théoriquement, le nouveau Code admet une prescription des actions, les Motifs ont bien soin de faire remarquer que le droit à l'annulation n'implique pas droit d'action, puisqu'il ne s'exerce pas par voie d'action en justice : il ne peut donc être question ici que d'un délai de forclusion (M. I, p. 209). Restera à la doctrine à en présenter la construction théorique; celle-ci ne saurait être la même. en effet, que lorsqu'il s'agit du délai de trente ans, puisque le but de ces deux délais n'est pas le même, et que, pour ce qui est du second délai, on ne se préoccupe pas de la question de savoir si la victime du dol ou de la violence a pu ou non faire annuler l'acte. On peut même dire que l'utilité pratique de ce second délai ne se présente guère que lorsque cette possibilité d'annulation ne se réalise qu'à l'expiration des trente ans. On ne tient plus compte de l'intérêt de la victime, mais de l'intérêt général qui s'oppose à ce qu'aprés un si long délai les droits puissent être

remis en question. Il en est tout autrement du délai d'une année, puisqu'on tient compte, avant tout, pour en fixer le point de départ, de la possibilité qu'avait la victime de faire annuler l'acte. Aussi pourra-t-on être tenté de voir là, suivant l'explication admise en droit français, une présomption légale de confirmation; l'objection qui pourrait être faite à l'encontre de cette manière de voir est que le Code n'admet plus de présomptions non susceptibles de preuve contraire, et que, par suite, s'il fallait en pareil cas parler de présomption, il faudrait donner à celui à qui on l'oppose le droit d'établir que, s'il a gardé le silence pendant une année, ce n'était pas qu'il eût renoncé à l'annulation, mais parce qu'il avait ménagé son adversaire, dans la certitude où il était que celui-ci n'oserait pas se prévaloir de ses droits. Peut-être sera-t-il plus exact alors de dire que la loi fait à la victime du dol ou de la violence une obligation, à partir du moment où elle acquiert la possibilité de se prononcer sur ce point, de choisir entre le maintien ou l'annulation de l'acte dans un délai qui lui est imparti; et faute par elle de s'être prononcée à temps, la loi lui impose le maintien de l'acte, indépendamment de la question de savoir si elle peut être présumée, ou non, avoir voulu renoncer à l'annulation.

8. Quoi qu'il en soit, ce qui domine relativement à ce délai d'une année, c'est la pensée qu'il ne doit commencer à courir qu'à partir du moment où la partie autorisée à imposer l'annulation a eu la possibilité d'exercer ce droit. Si donc il s'agit de dol, il faut qu'elle l'ait découvert; et Hölder remarque fort bien, puisque la loi ne veut faire courir le délai que dès qu'il y a possibilité d'imposer l'annulation, qu'il ne suffirait pas d'un simple soupçon, ni même d'une conviction raisonnée, mais qu'il faudrait que la partie eût la preuve acquise des manœuvres dolosives et qu'elle fût en état de démontrer leur existence : sinon, sa déclaration d'annulation pourrait être contestée; et par suite tant qu'elle peut être légitimement contestée, on ne peut plus dire qu'il y ait possibilité légale d'annulation (Höld., p. 278-279). Quant à la cessation de la violence, on a déjà vu combien ce fait était difficile à préciser; il le devient d'autant plus, comme le fait également remarquer Hölder, que la même crainte qui a pu faire émettre la déclaration entachée de violence peut empêcher celui qui l'a émise d'en prononcer l'annulation; il faut donc, pour qu'il y ait possibilité pour lui d'user de son droit, que l'état de violence n'existe plus, ni par rapport à l'acte accompli, ni par rapport à son annulation.

9. Enfin, l'on pouvait se demander si le fait qu'il s'agit là d'un délai de forclusion, et non de prescription, ne devait pas exclure les causes de suspension ou d'interruption de la prescription. La pensée qui se trouvait à la base de ce premier délai, celle de la possibilité d'annulation, devait faire admettre au moins les causes de suspension de prescription qui auraient un fondement identique, réel ou présumé; c'est ce qu'avait fait le premier projet (art. 104 P[1]), par rapport à la suspension dérivant de l'incapacité (art. 166 P[1]). Il s'agissait ici d'impossibilité présumée; à plus forte raison devait-il en être de même au cas d'impossibilité réelle, telle que celle dérivant de la force majeure. Le premier projet avait omis cependant de renvoyer à l'art. 165 P[1]. La seconde commission répara cet oubli (*Pr.* p. 122); et lorsqu'on eut admis un délai d'interruption pour les actions relatives à une hérédité (art. 172 P[2], cf. *Pr.* p. 221), cette disposition fut rendue applicable au droit d'annulation, en tant qu'il s'agit de l'annulation pour dol et violence (cf. art. 99 P[2] et art. 120 P[3]).

Il va de soi que ces diverses dispositions ne pouvaient s'appliquer au délai de trente ans, lequel est un délai préfixe, qui ne peut être prolongé pour aucun motif.

Art. 125. Un acte juridique accompli sans les formes prescrites par la loi est nul. Si c'est par acte juridique que la forme a été fixée et qu'elle fasse défaut, la sanction, s'il y a doute, sera également la nullité.

L'art. 125 se réfère au principe moderne de la liberté des formes en matière de conventions; il n'y a de conventions solennelles que lorsque la loi l'exige. Il y a là, pour l'époque moderne, une nécessité imposée par les besoins des relations commerciales. On avait bien, sans doute, mis en avant l'utilité de la forme écrite pour les actes juridiques; non pas qu'elle doive exclure forcément tous les doutes en matière d'interprétation, mais parce qu'elle est comme une frappe officielle qui donne à un acte sa valeur juridique et qui écarte, par conséquent, toute hésitation sur l'intention des parties de faire un acte juridique (cf. M. 179), sans compter l'utilité considérable qui en résulte au point de vue de la preuve (cf. End., § 65, not. 2, p. 269). Mais, en dépit de ces avantages, il fallait, pour la rapidité et la simplification des rapports d'affaires, supprimer toutes les entraves et toutes les formalités; aussi le premier projet posait-il expressément en principe qu'un acte juridique n'est soumis à une forme particulière que lorsque la loi l'exige ou que les parties l'ont voulu

ainsi (art. 91 P[1]). Et, en posant ce principe, on avait le sentiment d'aller bien au delà encore de la conception du Code civil français, qui, tout en acceptant théoriquement tout au moins le même point de départ, aboutit en fait, par suite de ses exigences en matière de preuve (art. 1341 C. civ. fr.) exactement aux solutions contraires; si bien que dans la rédaction des Motifs, par suite d'une confusion presque forcée entre l'état de droit et l'état de fait, on comprenait le Code civil français parmi les législations admettant la solennité des formes (M. 180). Le Code de procédure s'était déjà départi de cette exigence en matière de preuve; aussi fallait-il, à *fortiori*, s'y soustraire au point de vue de la validité de l'acte.

2. Toutefois, on s'était demandé devant la seconde commission s'il rentrait bien dans le rôle du Code civil de poser un principe de ce genre. Au point de vue juridique, il était inutile; car il eût suffi que le Code civil fût muet sur la nécessité des formes pour que la liberté se trouvât en être la conséquence et qu'elle constituât la règle de droit commun. Si donc cette disposition était inutile comme règle de droit, elle ne pouvait valoir que comme principe de législation : or était-ce au Code civil à poser des principes de ce genre? (*Pr.* 88.) En dépit de ces objections, la rédaction de l'art. 91 P[1] avait été maintenue, dans le second projet, sous sa première forme (art. 104 P[2]). Mais lors de la révision du second projet, on fit droit aux considérations déjà antérieurement présentées (*Pr.* VI, 130); et il fut convenu de prévoir seulement les exceptions au principe pour en fixer la sanction, sans qu'il fût nécessaire de poser le principe lui-même (art. 121, P[3]; cf. art. 9 C. féd. obl.). Il va de soi que le même principe vaut à plus forte raison pour le droit commercial (cf. A. C. com., art. 317), puisque, pour certains des cas pour lesquels, par exception, le Code civil exige des formes, le nouveau Code de commerce les supprime (C. com., art. 350).

3. Le principe de non-solennité peut subir deux catégories d'exceptions, soit par la volonté de la loi, soit par la volonté des parties. Quant aux formes qui peuvent être imposées par la loi, elles sont de plusieurs sortes : ce peut être la forme écrite (cf. 126, 127, 780, 781); la forme authentique, par voie judiciaire ou notariée (art. 128); la légalisation (art. 129), et autres formes légales dont on trouvera l'énumération dans Planck (§ 125). Dans tous ces cas, lorsque la loi impose une solennité de ce genre, il va de soi qu'elle n'a pas en vue seulement la preuve de l'acte, mais son existence juridique. Si donc la forme fait défaut, l'acte est nul :

c'est la première disposition de l'art. 125. Par exception, la nullité peut être couverte par l'exécution de l'acte (cf. art. 313).

4. Mais il peut arriver aussi que l'une de ces formes soit prescrite par les parties elles-mêmes, soit par voie de convention préalable, par ce que l'on pourrait appeler un avant-contrat, soit même par tout autre acte de disposition de volonté, tel qu'un testament; disons, avec l'art. 125, par un acte juridique, en général. Et cet acte peut prévoir deux catégories d'actes à intervenir, ou bien le contrat principal, ou bien les actes ultérieurs auxquels son exécution pourra donner lieu. Dans le premier cas, il faut supposer un avant-contrat stipulant que le contrat principal sera fait en telle ou telle forme; dans le second, ce sera généralement le contrat principal dans lequel il sera établi que les actes à intervenir en vue de son exécution ne pourront être faits que dans la forme fixée. Par exemple, si le contrat principal est un louage, on peut supposer que l'on convienne d'une forme déterminée pour les congés à intervenir. Et c'est même en vue d'hypothèses de ce genre que l'on peut surtout comprendre que la forme soit établie par un acte unilatéral, tel qu'un testament. S'il s'agit, par exemple, de fondation testamentaire, on comprendrait très bien que, pour tels ou tels actes d'exécution qui en fussent la suite, on exigeât une forme déterminée. Ces différentes applications sont prévues dans les travaux préparatoires (M. 181 et Pr. 88; cf. Pl. § 125.) Les commentateurs prévoient également certaines applications pratiques de l'hypothèse ainsi visée par la loi, c'est-à-dire du cas où la forme serait imposée par la volonté des parties. Cosack (p. 187), par exemple, suppose qu'un propriétaire de fabrique veuille créer un poste de directeur des affaires commerciales et fasse savoir, par voie de déclaration portée à la connaissance des intéressés, que tous les pourparlers et conventions à intervenir avec les candidats au poste ainsi créé qui n'auraient lieu que sous forme verbale n'auraient aucun caractère obligatoire, et que, par suite, le contrat de nomination devrait revêtir la forme écrite. On peut ajouter encore tous les cas où un contrat doit se faire par voie de soumissions écrites et bien d'autres hypothèses de ce genre. Il peut se faire aussi que la volonté des parties aggrave les exigences légales, dans le cas où il s'agit d'un contrat formel; Cosack (*eod. loc.*) cite l'exemple du cautionnement qui, d'après la loi, doit se faire par écrit : le créancier pourrait exiger la forme notariée.

5. Or, il s'agissait de savoir, dans tous ces cas, quelle serait la portée de la convention accessoire, ou, d'une façon générale,

de l'acte juridique, imposant telle ou telle forme, et ce qu'il faudrait entendre par cette disposition. A-t-on voulu exiger la forme pour la validité de l'acte ou simplement pour la facilité de la preuve? Il est bien entendu que sur ce point la volonté des parties est souveraine, mais on pouvait se demander si, pour le cas de doute, il y aurait lieu de fixer une présomption légale, et par suite une disposition légale interprétative de volonté. Le premier projet avait cru nécessaire d'admettre une disposition de ce genre et l'interprétation donnée par l'art. 91 P[1], pour le cas où la volonté est douteuse, est conforme à la solution donnée dans la première hypothèse, c'est-à-dire lorsque l'obligation relative à la forme vient de la loi elle-même. On suppose que les parties ont voulu donner à cette exigence son maximum d'intensité; et que par suite elles n'entendaient pas seulement faciliter la preuve, mais imposer une garantie supplémentaire pour la formation même de l'acte qu'elles avaient en vue. L'utilité de cette présomption a été contestée devant la seconde commission, où l'on demanda de laisser sur ce point pleine liberté au juge, sans qu'il fût besoin, pour le cas de doute, de lui imposer une solution légale. Mais la seconde commission, comme la première, considéra que l'admissibilité d'une présomption de ce genre répondait à une véritable nécessité pratique, alors qu'elle ne violait pas à proprement parler la liberté d'appréciation du juge, puisque celui-ci peut toujours considérer la preuve faite à l'encontre de la présomption de la loi, et qu'on ne lui impose sur ce point aucun mode légal de preuve. (Pr., p. 88-89). Il s'agit en effet d'une disposition interprétative, ayant une valeur purement subsidiaire et n'exigeant même pas, pour qu'il y ait à l'écarter, que les parties se soient exprimées formellement sur ce point : la preuve contraire peut être faite par tous les moyens de droit commun mis à la disposition du juge (cf. Höld., p. 31 suiv. p. 280). Cette présomption paraissait surtout devoir se faire admettre dans le cas où la volonté des parties eût consisté à imposer de nouvelles formalités en matière de contrat formel. Il est à peu près certain qu'elles n'ont pas voulu viser seulement la question de preuve, puisqu'il y était déjà pourvu par les formes légales, sauf le cas cependant ou l'on eût imposé la forme notariée afin d'assurer la preuve de la date. Ce cas à part, il est plus que probable que les parties ont voulu surtout viser un supplément de garantie, en ce qui touche la formation du contrat, et que par suite la valeur des formes imposées est la même que s'il se fût agi de formes légales.

6. Il faut remarquer toutefois que, s'il s'agit d'une première con-

vention qui eût prévu le contrat principal pour exiger qu'il fût passé en une forme déterminée, comme cela se présente quelquefois en vue d'un prêt à réaliser (cf. KUHLENBECK p. 248 et suiv.), il n'est pas nécessaire que cette convention préalable, pour être valable, fût, elle-même, passée dans la même forme; de même qu'elle peut être supprimée par un nouveau contrat intervenu entre les parties sans qu'il soit besoin, à moins de clause expresse à ce sujet, que cette nouvelle convention soit soumise à une forme quelconque. Elle pourrait même être admise comme résultant d'un pacte purement tacite. Et si, par exemple, les parties procédaient au contrat principal sans remplir les formalités prescrites, on pourrait en induire que, par voie d'accord tacite, elle ont renoncé à se prévaloir de la convention qu'elles avaient conclue à ce sujet (cf. Pl. § 125-2); et c'est même par une observation de ce genre qu'il fut répondu à l'objection présentée contre l'admissibilité d'une présomption légale de nature à lier le juge, objection tirée de ce que, s'il en était ainsi, au cas d'avant-contrat imposant des formes, celles-ci ne pourraient être valablement omises que par suite d'une convention nouvelle supprimant la première : la réponse est que cette convention n'a pas besoin d'être expresse et qu'elle peut résulter du seul fait de l'omission, lorsqu'elle a été voulue par tous les intéressés (Pr. p. 89). La même interprétation serait encore admissible, même en matière d'acte unilatéral, un congé, par exemple, pour lequel on eût imposé des formes, si celui à qui il est adressé l'accepte, ou plutôt consent à le recevoir, même en dehors des formes prescrites : il y a là comme une seconde convention supprimant la première.

7. Il faut noter enfin que la présomption de l'art. 125 s'appliquerait même au cas de rédaction préalable du contrat principal, à condition que la forme prescrite fût autre que la forme écrite, par exemple si les parties ont exigé l'authenticité, par voie d'acte notarié ou judiciaire peu importe. Tant que cette dernière forme n'est pas remplie, le contrat n'a aucune existence; et c'est ainsi que l'on ne pourrait pas s'appuyer sur l'écrit qui en a été dressé pour exiger qu'il fût procédé à la forme prescrite : cet écrit n'a encore la valeur que d'un simple projet qui n'oblige à rien. De même, en principe, l'exécution du contrat ne suffirait pas à en couvrir la nullité, au moins si la forme prescrite était exigée par la loi. Dans le cas où elle n'eût été imposée que par la volonté des parties, il y aurait lieu de voir, au contraire, si l'acceptation du paiement n'équivaut pas, conformément aux observations déjà présentées, à renonciation aux formes convenues (cf. PL. § 125-3).

8. Toutes ces conséquenses auraient pu se déduire déjà par voie d'interprétation de l'art. 125; l'art. 154 § 2, pour le cas où il s'agit tout spécialement d'un contrat, a cru devoir en rappeler expressément l'application, au moins lorsqu'il y a eu convention expresse de donner l'authenticité au contrat. Bien entendu, si les parties n'ont eu en vue que la forme écrite, et qu'elles conviennent après coup de prendre la forme authentique, le contrat déjà passé par écrit reste valable; tout au plus, pourrait-on considérer que, par la seconde convention, les parties ont entendu qu'il restât sans effet tant que l'authenticité ne lui aurait pas été donnée, et que par suite il fût considéré comme non avenu si cette forme n'intervient pas. On avait même voulu, à propos de l'art. 154, admettre cette seconde présomption pour le cas où la convention d'authenticité n'interviendrait qu'après coup, et on avait proposé pour cela de supprimer dans la rédaction de l'art. 154 l'allusion à un contrat à intervenir. Mais on ne fut pas d'avis de donner une portée aussi excessive à la présomption légale et de l'étendre même aux contrats d'authenticité passés après le contrat principal (Pr. VI 133). Il n'est donc pas douteux, si les parties se sont contentées de la forme écrite, ou même qu'elles n'aient stipulé aucune forme, si elles conviennent, après coup, de donner l'authenticité à leurs conventions, que la portée de cette clause subséquente reste soumise à la libre interprétation du juge, sans tomber forcément sous l'application de la présomption légale, soit de l'art. 125, soit de l'art. 154 § 2 (cf. Pl § 154-2; Höld., § 154-2 et M. 182). Pour que la convention d'authenticité vise l'efficacité même du contrat principal, il faut donc à la fois qu'elle puisse être considérée comme ayant pour objet un élément essentiel du contrat lui-même et qu'elle soit antérieure au contrat. Si donc, en pareil cas, les parties ont ainsi stipulé que le contrat aurait lieu sous forme authentique, il ne suffirait pas, pour obliger les parties, que celles-ci eussent déjà procédé à une rédaction écrite : aucune d'elles n'en tirerait le droit d'exiger que l'on passât l'acte sous forme authentique. Tant que celle-ci n'a pas eu lieu, il n'y a encore, en principe, et dans le doute bien entendu, puisqu'il s'agit d'une présomption purement subsidiaire, qu'un simple projet, qui n'oblige à rien (art. 125 et art. 154).

9. Tous ces points visent l'usage, si souvent constaté de la part des parties, de noter par avance les principales clauses du contrat, afin de les soumettre à l'approbation des intéressés avant de procéder à une rédaction définitive; ces avant-projets sont même presque toujours préparés sous forme écrite; quelquefois

aussi, ils ne contiennent que certaines clauses, les plus délicates vraisemblablement, destinées à entrer dans le contrat principal. Les parties tombent d'accord sur les clauses ainsi rédigées; elles approuvent, ou même elles signent, le projet ainsi rédigé. Cela ne veut pas toujours dire qu'elles aient entendu, dès ce moment, former le contrat. Toutes ces négociations préliminaires sont comprises, en allemand, sous le nom très générique de *Punktation*, qui implique l'idée d'un projet d'acte, mais qui peut s'appliquer aussi à de véritables conventions déjà conclues, mais visant le contrat principal, sortes d'avant-contrats (*Vorverträge*), qui sont bien, eux aussi, des projets, puisqu'ils n'ont encore qu'une valeur conditionnelle, subordonnée à la conclusion du contrat principal. Il était difficile, pour le Code civil, de prévoir et de régler par avance, sous forme de dispositions interprétatives, les différentes hypothèses susceptibles de rentrer dans ces projets d'actes ou de contrats : les art. 154 et 155 ont cependant visé quelques-uns des cas les plus importants à réglementer; et parmi ces cas se trouve celui dans lequel les parties auraient rédigé un acte écrit qui, d'après leurs conventions antérieures, ne dût prendre une existence juridique que lorsqu'il aura revêtu la forme authentique.

10. On aurait pu hésiter, dans ce cas, à appliquer le principe de l'art. 125; on aurait pu être tenté de considérer qu'un acte écrit, signé des deux parties, fût déjà un acte obligatoire, donnant le droit aux intéressés d'imposer la forme authentique. Sans doute, cette interprétation ne se fût guère présentée à l'esprit, si c'est dans l'acte ainsi rédigé que les parties s'engagent à faire le contrat sous la forme authentique; mais, si cet engagement résulte d'une convention antérieure, et qu'après coup le contrat soit rédigé et signé, on aurait pu croire que cette rédaction eût constitué l'engagement définitif, soit que les parties eussent renoncé tacitement à la forme authentique, soit qu'elles en eussent modifié la portée, pour n'y voir qu'un moyen de preuve, au lieu d'une solennité essentielle à la validité du contrat. L'art. 154 a eu pour but d'indiquer que, dans tous les cas, le principe de l'art. 125 subsistait, et que la présomption restait encore, dans toutes ces hypothèses, en faveur de l'exigence de l'authenticité, comme condition essentielle de validité du contrat. Mais ce n'est, bien entendu, qu'une présomption subsidiaire, laquelle suppose que la preuve d'une intention contraire ne soit faite, ni directement, ni indirectement, ni expressément, ni tacitement (cf. M. 182 et 163).

Art. 126. Lorsque la forme écrite est prescrite par la loi, le titre doit être signé du nom de son auteur souscrit de sa propre main, ou, à défaut du nom, revêtu du signe qui le remplace, et tracé à la main; ce dernier mode de signature doit être légalisé dans la forme judiciaire ou notariée.

S'il s'agit de contrat, les parties doivent signer toutes sur le même titre. Si, pour le même contrat, on a dressé plusieurs exemplaires conformes, il suffit que chaque partie signe le titre destiné à l'autre partie.

La forme écrite peut être remplacée par la forme authentique donnée en justice ou par devant notaire.

1. L'art. 126 s'occupe du cas seulement où la loi exige la forme écrite; et l'hypothèse principale est celle de la quittance (art. 368). Les autres applications faites par le Code civil, lorsqu'il s'agit, par exemple, d'assignation (art. 783), de promesse abstraite (art. 780) ou de reconnaissance de dette (art. 781), sont en pratique beaucoup moins importantes. Quoi qu'il en soit, l'art. 126 ne vise que ces applications légales et ne s'occupe pas des cas où la forme écrite serait imposée par la volonté des parties, ce qui est l'hypothèse prévue par l'art. 127. Il a donc pour but d'indiquer sous quelles conditions la forme écrite sera considérée comme répondant aux exigences de la loi, et quelles formalités elle impliquera pour que l'acte soit valable de ce chef; il s'agit d'une question de validité, et non d'une question de preuve. L'art. 126 n'a pas pour but d'indiquer d'après quelles formalités la forme écrite sera considérée comme faisant preuve en justice, ce qui est du domaine du Code de procédure; et pratiquement, du reste, les conditions de forme exigées pour qu'un titre écrit soit valable quant à la preuve seront à peu près les mêmes que celles imposées pour la validité de l'acte et de la déclaration, lorsque celle-ci, en vertu de la loi, est soumise à l'application de la forme écrite (cf. art. 416 C. Pr. civ.). Il n'en importe pas moins, au point de vue des principes, de bien marquer l'indépendance des deux questions et des deux domaines. Ce que veut dire l'art. 126, c'est que la déclaration de volonté, lorsqu'elle est soumise par la loi à la forme écrite, sera valable lorsque le titre où elle sera relatée présentera les éléments matériels exigés par l'art. 126. Reste à savoir si ces éléments suffiront pour que l'existence de cette déclaration soit prouvée, de telle sorte que le juge ne puisse admettre qu'on en conteste la réalité; ce qui est une toute autre question. En principe, il en sera ainsi; mais on comprendrait qu'il pût en être autrement, et que, pour cer-

tains cas, la loi exigeât, pour que la preuve légale fût acquise, d'autres éléments, plus rigoureux peut-être que ceux imposés par l'art. 126, tels que la date par exemple (cf. M. 184 et PL., § 126-1). Cette observation, à peu près sans valeur pratique en tant qu'il s'agit de la forme écrite imposée par la loi, reprend toute son importance, lorsqu'il s'agit, d'après l'art. 127, de formalités conventionnelles; car la convention est souveraine et elle peut se contenter de formes moins rigoureuses que celles de l'art. 126, et moins rigoureuses, par conséquent, que celles imposées par le Code de procédure au point de vue de la preuve.

2. Ceci posé, la seule formalité exigée, en principe tout au moins, par l'art. 126 est la signature de l'auteur de la déclaration, signature à la main et portant le nom de ce dernier. Mais il faut remarquer que l'art. 126, en exigeant le nom, ne dit pas forcément qu'il s'agisse du nom de famille : il vise sous ce terme le signe nominal qui puisse fixer l'identité de la personne; ce pourrait donc être le nom commercial, et même le simple prénom, dans les cas où il serait admis par l'usage ou par la loi, comme marque d'identité, par exemple, pour certains membres de familles royales ou princières (cf. PL., § 126-2). Il faudrait en dire autant d'un pseudonyme littéraire ou artistique. Mais, ce que la loi exige impérieusement, c'est que ce nom soit tracé à la main, c'est-à-dire par un geste corporel de l'intéressé, destiné à tracer chaque lettre par un trait qui, dans sa continuité, soit l'œuvre personnelle de celui de qui il émane, au lieu d'être l'œuvre mécanique d'une presse, d'une machine, d'un cachet, qu'il ferait fonctionner. Aussi Hölder fait-il remarquer que, dans les cas exceptionnels où l'on a vu des infirmes écrire avec le pied, la signature ainsi donnée vaudrait comme signature olographe (HÖLD., § 126, p. 281). Bien entendu, il n'en serait plus de même, d'après ce qui précède, d'un nom écrit à la machine (cf. cependant pour les titres au porteur, art. 794), pas plus que de celui qui serait tracé de la main d'un autre, même en présence et du consentement, ou encore par procuration, de l'intéressé. D'autre part, cette signature ne comprend que le nom; on n'exige ni le lieu, ni la date (cf. pour ce qui est du testament l'art. 2231); et encore moins exige-t-on que l'acte soit écrit de la main du signataire. Mais si l'acte peut être écrit de la main d'un autre, il faut que la signature soit en-dessous ou à la suite du texte; la signature signifie que celui qui la donne reconnaît les déclarations qui précèdent comme correspondant à sa propre déclaration; et il en est ainsi sans que la loi exige, au moins expres-

sément, qu'il en ait pris connaissance immédiatement avant de signer, ou, s'il se trouve dans l'impossibilité de le faire, que lecture lui en ait été donnée : le seul fait de la signature implique, par voie de présomption légale, que ces conditions ont été réalisées. Mais ce n'est pas une présomption qui écarte la preuve contraire; tout ce qu'il faut remarquer cependant, si cette dernière est fournie et s'il est démontré, par conséquent, que l'acte écrit ne correspond pas à la volonté du signataire, c'est que la forme écrite ne sera pas considérée pour cela comme n'existant pas, — les conditions de l'art. 126 sont remplies — mais l'auteur de la déclaration pourra attaquer l'acte pour erreur, du chef de l'art. 119; et le caractère de la nullité n'est plus le même (cf. PL., § 126).

3. Il est vrai que, lorsque l'auteur de la déclaration se prévaut de l'art. 119, c'est à lui de faire sa preuve, c'est-à-dire d'établir qu'on lui a fait signer un acte écrit dont l'énoncé ne correspondait pas à sa propre volonté. Rien de plus légitime si le signataire était à même de se rendre compte de ce qu'il signait. Mais, s'il s'agit d'illettrés ou, d'une façon générale, de gens qui ont besoin de l'intermédiaire et du secours d'une autre personne pour avoir connaissance des dispositions que porte l'acte soumis à leur signature, n'y a-t-il pas à craindre que, à leur égard tout au moins, les garanties de la loi soient insuffisantes? Quelques législations, entre autres le Code prussien, avaient admis certaines dispositions exceptionnelles pour les aveugles, sourds-muets, et autres personnes placées dans un état d'infériorité naturelle. (Cf. M. 187.) Devant la commission du Reichstag on proposa, en leur faveur, un renversement de la preuve, en ce sens que la déclaration écrite signée par eux n'eût valu comme telle que si l'autre partie établissait, à leur encontre, que cette déclaration correspondait exactement à ce qui avait été voulu; ou, d'une façon plus précice, on ne proposait cette mesure exceptionnelle que lorsqu'il s'agissait d'un engagement proprement dit. Le signataire ne devait être obligé que s'il était établi que l'énoncé de la déclaration correspondait aux dispositions voulues par lui. Mais c'eût été exiger de la part de tous ceux qui contracteraient avec des illettrés ou des aveugles, et en tant qu'il s'agirait de contrats formels, une preuve impossible. Ou encore, s'agissant de déclarations unilatérales, c'eût été déclarer, par avance, que les déclarations écrites provenant de personnes de cette catégorie seraient comme non avenues, puisqu'on n'aurait pu s'en prévaloir que sous la condition d'une preuve à peu près impossible. C'était

presque, sous prétexte de garantie, établir une incapacité. Il y eut sur ce point différents amendements proposés au Reichstag, et ayant tous à peu près le même but, l'un même visant l'art. 381 du Code de procédure (actuellement art. 416). Ils furent tous également écartés (*Ber.* 26 et cf. *Reichs-Berat.*, p. 34, 35).

4. A défaut du nom cependant, et cette disposition est faite pour ceux surtout qui ne savent pas écrire, l'art. 126 permet, à titre de signature, toute marque olographe qui soit un signe d'identité, une croix par exemple ou une barre, mais à condition alors que cette marque soit légalisée; il importe en effet de faire constater par l'autorité compétente que l'auteur de la marque est bien l'auteur de la déclaration. Seulement, quelle sera l'autorité compétente? L'art. 126 impose sous ce rapport une réglementation unitaire, conforme d'ailleurs à celle du Code de procédure, en exigeant la légalisation judiciaire ou notariée. On avait demandé devant la seconde commission, — et la proposition en avait été faite officiellement par certains Etats (cf. *Pr.*, p. 89), — que l'on se contentât de parler de légalisation publique, faisant ainsi allusion purement et simplement à l'autorité compétente, sans toutefois la désigner, et laissant, comme dans l'art. 129, aux législations locales le soin de déterminer les compétences. On voulait par là que les lois locales eussent qualité pour désigner les autorités communales, afin d'éviter des frais de déplacement aux populations agricoles, lorsqu'il s'agirait de gens ne sachant pas écrire et voulant dresser un acte auquel s'appliquât la forme écrite. Mais il y avait à cette réglementation particulariste une assez grosse difficulté venant de l'art. 381 C. Proc. civ. (art. 416 actuel), dont on s'était inspiré dans la rédaction de l'art. 92 P[1]. Si l'on eût modifié dans ce sens le texte proposé, il fût arrivé que l'acte ainsi dressé, susceptible d'être valable quant à la forme, aurait pu ne pas être suffisant quant à la preuve; et bien que ce défaut d'harmonie ne fût pas contraire aux principes de la théorie pure, on l'a déjà vu, les exigences de la pratique s'opposaient à ce que l'on favorisât un tel défaut de concordance. Sans doute, lorsque la loi exige la forme écrite, elle veut garantir la partie qui s'engage contre les inconvénients qui pourraient résulter pour elle de la précipitation, et contre les surprises d'une parole donnée à la hâte, sans réflexion suffisante : c'est une garantie d'indépendance. Mais la loi veut aussi que l'acte ainsi conclu soit considéré comme légalement prouvé, et que la certitude juridique résulte de la forme écrite, tout autant que la sécurité pour les intéressés. La modification proposée eût impliqué une réforme correspon-

dante du Code de procédure, laquelle ne sembla pas devoir s'imposer, puisqu'elle eût brisé l'unité juridique en matière de réglementation relative à la preuve. D'ailleurs, le seul acte auquel, pratiquement, dussent s'appliquer les facilités demandées était la quittance; et l'on considéra que l'intervention d'un juge ou d'un notaire offrait plus de garantie aux intéressés que celle d'un fonctionnaire municipal (*Pr.*, p. 89-90). L'amendement fut repoussé; mais il faut bien convenir qu'il le fut beaucoup moins pour cette raison de fond, et dans un but de garantie individuelle, que par suite des difficultés considérables qui fussent résultées du particularisme. La même proposition avait été reprise devant la commission du Reichstag; elle fut également écartée (*Ber.*, p. 26).

5. Il en résultera toutefois que le défaut de concordance entre les déclarations de l'acte et celles voulues par le signataire sera beaucoup moins à craindre; le juge et le notaire ne manqueront pas, en effet, de donner lecture du texte écrit et d'en expliquer la teneur et les conséquences, avant d'admettre le signataire à apposer la marque qui doive lui servir de signature. S'agissant d'illettrés, l'intervention d'un fonctionnaire municipal n'eût certainement pas présenté les mêmes garanties; et la ressource, au cas d'erreur, eût été encore purement et simplement celle de l'art. 119.

6. Il faut noter enfin que, lorsqu'une déclaration doit être écrite, il faut, pour être parfaite, et pour qu'elle puisse produire ses effets juridiques, tout au moins si elle est de celles qui doivent être adressées directement à un intéressé et reçues par lui, qu'elle parvienne à ce dernier sous sa forme écrite originale; en ce sens que ce doit être le titre écrit, signé par l'auteur de la déclaration, qui doit lui être adressé, conformément à l'art. 130. Lorsqu'une déclaration est soumise à une forme légale, c'est sous cette forme, en principe, et sauf exception (voir exception dans l'art. 128), qu'elle doit être déclarée effectivement à celui qu'elle intéresse (cf. Cos, § 60, p. 185; Zit., I, p. 155).

7. La première disposition de l'art. 126 vise uniquement les déclarations unilatérales, puisqu'il y a une disposition spéciale applicable aux contrats. A ce point de vue, il n'est pas douteux qu'une déclaration contenue dans une lettre missive, signée de son auteur, répondrait aux exigences de la première disposition du texte. Aussi avait-on voulu, dans le premier projet (art. 92, § 2 P[1]), étendre cette application aux transmissions télégraphiques, conformément aux besoins du commerce et à l'initiative législative déjà prise par le Code fédéral des obligations (art. 12,

§ 2). On exigeait seulement, pour que la forme écrite fût considérée comme valablement réalisée, que l'original de la dépêche, remis aux employés du télégraphe, fût signé de la main de l'auteur de la déclaration (M. 185). Sans doute, disait-on, il y a, dans le fait même de la transmission télégraphique, une légère dérogation aux principes de l'art. 126. L'art. 126 en exigeant, pour qu'il y ait forme écrite, que la déclaration soit signée de son auteur, suppose que cette déclaration, ainsi revêtue du nom ou de la marque de celui de qui elle émane, est adressée à la partie intéressée et que cette dernière la reçoit sous cette forme : c'est le fait, par cette dernière, de recevoir la déclaration sous forme écrite et signée qui donne sa perfection et sa valeur juridique à la déclaration elle-même; le fait de la recevoir rend l'acte juridique désormais existant. Il ne s'agit pas d'un acte écrit venant apporter la preuve d'un acte existant déjà antérieurement, il s'agit de la forme même sous laquelle la déclaration peut valoir juridiquement. Il faut donc, pour que l'acte soit réalisé, que la déclaration, sous sa forme écrite, touche celui qu'elle vise et à qui elle s'adresse. Or, dans la transmission télégraphique, ce n'est pas l'écrit initial et signé, c'est-à-dire le titre même qui contient la déclaration, que reçoit la partie à laquelle il s'adresse; au lieu de l'original, elle n'en reçoit qu'une copie télégraphique. Sans doute, si la forme écrite n'était exigée que pour la preuve, peut-être pourrait-on admettre la copie télégraphique à faire preuve du fait qu'un écrit a été dressé; tout dépendrait de la question de savoir dans quelle mesure l'exemplaire remis au destinataire d'un télégramme fait preuve de sa conformité avec l'original; et en tout cas l'original une fois représenté ferait preuve suffisante. Mais l'écrit n'est pas exigé pour la preuve, il est imposé comme condition d'existence et de formation de l'acte juridique. Aussi, ne suffirait-il pas d'établir qu'un acte écrit a été dressé portant la signature de son auteur. Une déclaration ne vaut comme déclaration qu'autant qu'elle est adressée à son destinataire; et, lorsqu'elle doit être écrite, elle ne vaut, aux yeux de la loi, comme déclaration écrite, que lorsqu'elle est adressée sous cette forme à celui qu'elle vise. Or, ici, la déclaration n'est pas adressée à son destinataire sous la forme d'une déclaration signée du déclarant. La production de l'original ferait preuve, sans doute, qu'une déclaration a été émise; elle ne ferait pas que cette déclaration ait été adressée sous forme écrite à celui qui l'a reçue. Donc, rigoureusement, les conditions de l'art. 126 ne se trouveraient pas remplies. Mais, en dépit de ces

objections, on considérait que les usages de la vie moderne imposaient cette légère dérogation aux principes; cette dérogation, disait-on, provenait des conditions mêmes des transmissions télégraphiques et du fait que l'auteur de la déclaration avait employé cette forme de correspondance. Aussi, avait-on cru devoir admettre, dans le texte même de l'art. 92 P[1], une disposition expresse visant l'emploi du télégraphe; et l'on vient de voir pourquoi cette mention spéciale était nécessaire (cf. cependant HÖLD., p. 283).

8. La question fut reprise à nouveau et vivement discutée devant la seconde commission. Une première fois, l'art. 92 P[1] avait été maintenu dans son intégrité, et les amendements relatifs à la suppression de la disposition relative à la forme télégraphique avaient été écartés (*Pr.*, p. 93-94). Mais l'on prétendit qu'une certaine confusion s'était produite dans la discussion, et que l'on avait insuffisamment distingué l'assimilation de la forme télégraphique à la forme écrite, soit dans les cas où cette dernière était imposée par la loi, soit, au contraire, dans les cas où elle l'était par la volonté des parties, et que c'était surtout cette dernière hypothèse que l'on avait eue en vue, bien qu'elle ne fût pas en cause. Aussi proposa-t-on de revenir sur la discussion; les auteurs des amendements visant la suppression du § 2 de l'art. 92 P[1] reproduisirent leurs propositions. Cette fois la majorité leur donna raison, en tant du moins qu'il s'agissait d'assimilation avec la forme écrite légale, et non conventionnelle (*Pr.*, p. 99).

9. On fit valoir, non seulement les raisons purement théoriques dont il a déjà été question, mais des considérations surtout pratiques. Et tout d'abord, pour ce qui est de l'hypothèse principale à laquelle doive s'appliquer la forme écrite, la quittance, on faisait observer, d'après l'art. 368, que le débiteur était en droit d'exiger une reconnaissance écrite et signée qu'il pût garder, et qui constituât pour lui un titre et une garantie; et ce n'est certes pas un télégramme qui peut remplir ce but. Pour les autres cas d'application de la forme écrite, leur importance n'était pas telle qu'on dût faire à leur profit une exception aux principes; d'autant que la partie à qui le télégramme est remis ne peut pas constater elle-même, d'après l'original, si les formes ont été remplies, et que, d'autre part, les garanties que la loi avait en vue, et qui sont, non seulement de fournir un titre de preuve, mais surtout d'écarter les surprises de la précipitation, n'existent absolument plus avec la forme télégraphique. On ajoutait que le fait de

n'appliquer les exigences de la loi qu'à l'original était loin de présenter une ressource suffisante, puisque l'administration n'était pas astreinte à garder les originaux des télégrammes, et qu'on ne pouvait être assuré, surtout pour les dépêches venues de l'étranger, d'être en droit d'exiger la remise de l'original.

10. Quoi qu'il en soit de la valeur de ces considérations, elles emportèrent la décision de la majorité, tout au moins en tant qu'il s'agissait de forme écrite prescrite par la loi. Pour ce qui est des hypothèses où cette formalité dérivât de la convention, la question fut discutée à un autre point de vue, comme on le verra sur l'art. 127. Donc, s'agissant, d'une part, de forme légale, et, d'autre part, de déclaration unilatérale, la transmission télégraphique ne peut suppléer la forme écrite.

11. Restait à viser les déclarations contractuelles. (Voir, comme application, l'art. 566 en matière de bail à ferme, lorsque l'objet du bail est un fonds de terre et que sa durée doit dépasser une année.) Le premier projet s'en occupait dans l'art. 94; et le principe, en pareil cas, est que le même titre doit porter les signatures de tous les contractants. Le plus souvent, il y aura autant d'originaux que d'intéressés, et chacun portera, dans ce cas, l'ensemble des signatures. Ce principe est reproduit par l'art. 126; et il faut remarquer que le Code civil n'exige pas, d'ailleurs, que l'acte soit dressé en autant d'originaux qu'il y a de contractants. Pratiquement, il en sera ainsi; théoriquement, la loi ne l'exige pas. Mais il fallait prévoir le cas, si fréquent en matière commerciale, et si fréquent surtout lorsqu'il s'agit de contrats entre absents, où chaque partie remet, ou adresse, à l'autre, un exemplaire revêtu uniquement de sa signature à elle. L'art. 126, comme le faisait déjà l'art. 94 P[1], admet qu'en pareil cas, s'il en a été ainsi, la loi sera satisfaite et que la forme écrite sera considérée comme étant réalisée (M. 188).

12. L'art. 94 P[1] consacrait même pour cette hypothèse l'admissibilité de la forme télégraphique; il eût fallu supposer chacun des contractants télégraphiant à l'autre le contenu du contrat. Logiquement, le premier projet devait étendre, en effet, aux déclarations contractuelles ce qu'il avait admis pour les déclarations unilatérales; cette assimilation presque forcée ne fut pas l'une des moindres raisons mises en avant, devant la seconde commission, pour faire exclure, dans tous les cas, la possibilité de remplacer la forme écrite par la forme télégraphique.

13. Enfin, s'agissant de contrats, la question dut se poser relativement aux lettres missives, en tant que lettres échangées.

Bien entendu, si les deux lettres reproduisent la teneur du contrat avec signature de chacun des contractants, elles constituent un échange de titres au sens de l'art. 126. Mais il faut supposer qu'il s'agisse de lettres missives au sens ordinaire du mot, dans lesquelles, par conséquent, le contenu des déclarations n'apparaisse que sous une forme plus ou moins imprécise, et en tout cas sous une rédaction différente dans les deux lettres, si même la réponse de l'acceptant, loin de reproduire les termes du contrat, ne se contente pas d'indiquer qu'il accepte : or il n'y a plus, en pareil cas, les deux titres échangés et signés dont parle l'art. 126. Il n'y a qu'un échange de consentement, sans que les deux déclarations soient données sous la forme écrite, au moins à entendre cette dernière sous les termes stricts de la loi. Il eût donc fallu, pour que cet échange de lettres fût assimilé à l'échange de titres de l'art. 126 que la loi l'eût prévu et dit expressément. Le premier projet s'y refusa (M. 189). La question fut reprise devant la seconde commission, où l'on invoqua l'exemple du Code prussien, en même temps que des raisons de bonne foi et d'équité, étant contraire aux usages et à la loyauté que l'on pût, en matières d'affaires, méconnaître sa parole, même échangée par simple lettre. On répondit à cela que ces considérations seraient excellentes si la loi n'avait en vue que la question de preuve; c'était le cas du Code prussien, qui faisait de la forme écrite la règle de droit commun, en vue d'assurer la preuve des contrats. Il est certain, en pareil cas, que l'échange des lettres doit suffire à faire preuve; et voilà pourquoi le Code prussien admettait que cela suffirait aussi à réaliser la forme écrite. Tout autre est le point de vue du nouveau Code civil qui, faisant de cette forme l'exception, ne l'exige que lorsqu'il y a lieu d'attirer l'attention de la partie qui s'engage; la loi veut surtout que cette dernière marque d'une façon expresse, et par une formule en quelque sorte solennelle, qu'elle entend par le fait même conclure un acte juridique. Or la forme de lettre missive se prête mal à ces différentes fonctions, surtout si les deux lettres ne reproduisent pas, dans des termes identiques, la teneur du contrat et que, par suite, l'attention de celui qui accepte risque de n'avoir pas été suffisamment appelée sur les clauses auxquelles il souscrit. Pour toutes ces raisons, l'exclusion du premier projet fut définitivement consacrée par la seconde commission (Pr. 92).

Art. 127. Les dispositions de l'art. 126 s'appliquent également, au cas de doute, lorsque la forme écrite a été prescrite par acte juridique. Toutefois, pour que la forme requise soit considérée comme remplie, il suffit, à moins

d'établir l'intention contraire, d'une transmission télégraphique, ou, s'il s'agit de contrat, d'un échange de lettres. Si l'une de ces formes est employée, on peut exiger, pourvu que la demande en soit faite immédiatement, un titre dressé suivant les conditions de l'art. 126.

1. Le premier projet (art. 93 P[1]) partait de cette idée que, lorsque les parties imposaient la forme écrite, elles avaient en vue, ou du moins était-ce la présomption qui devait l'emporter, les mêmes buts à poursuivre que ceux visés par la loi, lorsque cette dernière exigeait la solennité : elles voulaient, à la fois, assurer la garantie de la preuve et rendre plus sérieuse, plus sincère et plus sûre, la formation même du contrat, ou, d'une façon générale, l'émission de la déclaration. Il s'ensuivait que la portée de cette prescription devait, à moins d'intention contraire de la part des parties, être exactement la même que celle admise pour le cas de solennité légale. Aussi l'art. 93 exigeait-il pour la forme écrite conventionnelle, les mêmes conditions de validité que pour la forme écrite légale. Et, de même que cette dernière, dans le premier projet, pouvait être remplacée par la forme télégraphique, sous la condition tout au moins que l'original de la dépêche fût signé de l'auteur de la déclaration, de même en était-il lorsque la forme écrite était imposée par acte privé; là encore on exigeait le dépôt et la signature de l'original. Enfin, de même qu'en matière de contrat on excluait la correspondance écrite, de même n'était-elle pas mentionnée dans l'art. 93 P[1] comme pouvant suppléer la forme écrite conventionnelle.

2. Devant la seconde commission, on fut également d'avis d'admettre une présomption légale pour le cas où la forme écrite serait exigée par acte juridique. Il avait pu sembler, tout d'abord, s'agissant de clause conventionnelle, qu'il suffirait de laisser aux intéressés la charge de prouver ce que les parties avaient voulu en prescrivant la forme écrite, et sous quelles conditions elles avaient entendu en régler l'observation. Et cependant, on crut indispensable, pour le cas de doute, d'admettre une disposition interprétative de volonté, destinée à écarter toute hésitation à ce sujet; enfin, on prit également pour point de départ le principe posé par le projet, à savoir qu'en exigeant un acte écrit les parties avaient voulu, non seulement assurer la preuve, mais fournir une garantie pour la perfection même du contrat, ou, d'une façon générale, de l'acte juridique, qui se trouvait en cause. De là l'extension à cette hypothèse des règles de l'art. 126.

3. A ce principe, la seconde commission apporta une première

exception, en ce qui touche les transmissions télégraphiques; et la commission du Reichstag en admit une seconde, ce fut pour les échanges de correspondances, en matière de contrats.

4. Les membres de la commission qui s'étaient montrés hostiles à l'assimilation de la forme télégraphique auraient voulu, quelques-uns tout au moins, la rejeter, même en tant qu'il s'agissait d'en faire l'équivalent de la forme écrite, lorsque celle-ci n'était prescrite que par convention privée. C'était se montrer logique avec le principe de la présomption légale qui venait d'être admise, puisqu'on partait de cette idée que les parties avaient voulu s'assurer exactement les mêmes garanties que celles visées par la loi au cas de solennité légale (cf. *Pr.* 100). Les parties, disait-on, ont voulu se ménager un mode de preuve absolument sûr, lequel n'existe pas au cas de télégramme, puisque l'intéressé n'a pas l'original à sa disposition et qu'il ne peut le vérifier lui-même; d'autre part, on ne saurait admettre qu'un contrat formel pût être considéré comme revêtant la forme écrite lorsqu'il y a échange de télégrammes, puisqu'aucune des parties ne reçoit, de la part de l'autre, le titre signé par cette dernière, conformément aux exigences de l'art. 126.

5. Mais lorsqu'on revint sur cette délibération (*Pr.* 101), cette interprétation rigoureuse parut inacceptable. Lorsque les parties imposent la forme écrite, elles entendent que cette dernière puisse se réaliser avec les moyens et les procédés usités dans le commerce et admis dans la vie moderne, tout au moins considérés par l'usage comme l'équivalent d'un titre écrit; et c'est le cas des transmissions télégraphiques. On considéra d'ailleurs que, s'il est exact que les parties ont voulu, en outre, se ménager un titre de preuve, il suffirait pour cela de donner à chacun des intéressés le droit d'exiger de l'autre que ce titre écrit lui soit fourni. Mais le fait seul que cette obligation est reconnue par la loi implique que l'acte juridique est tenu pour valable; et il l'est par le seul fait d'une déclaration sous forme télégraphique.

6. Dès lors, il fallait qu'il en fût de même en matière de contrats. De plus, sous ce double rapport, qu'il s'agisse de déclarations unilatérales ou contractuelles, la seconde commission alla beaucoup plus loin que n'avait été le premier projet dans son système d'assimilation. Désormais, on ne devra plus dire que la forme télégraphique est assimilée à la forme écrite, mais qu'elle la remplace. En effet, le premier projet exigeait ici encore, même s'agissant de solennité purement conventionnelle, que l'original de la dépêche fût signé de l'auteur de la déclaration. C'était,

puisqu'on voulait s'en tenir aux usages courants, apporter une entrave fort génante aux facilités actuellement entrées dans les mœurs; il arrive fréquemment, en effet, que l'on donne mission à un employé, à un ami, à un mandataire, de rédiger la dépêche dont on lui indique les termes, avec ordre de la signer lui-même du nom du véritable expéditeur. Il n'y avait pas de raison pour ne pas se conformer à ces usages imposés pour la rapidité des transmissions; et le fait d'exiger la signature même de l'expéditeur eût été en contradiction avec les nécessités qui imposent le plus souvent l'emploi du télégraphe. On fit observer d'ailleurs que l'administration, surtout à l'étranger, pouvait ne pas être dans l'obligation de conserver le texte des télégrammes, et encore moins, de le livrer aux intéressés. Il fallait donc admettre d'une façon absolue que la simple transmission télégraphique, dans les conditions normales où elle s'opère, équivaudrait à une déclaration écrite.

7. Il en résulte que la formalité de l'écriture n'est plus que fictive, puisqu'il peut n'y avoir aucun titre écrit ou signé du véritable expéditeur (cf. Höld., p. 283). Le télégramme remis à l'intéressé a la valeur d'un titre écrit signé de l'auteur de la déclaration : c'est une fiction exigée par les besoins du commerce et conforme aux usages en cours.

8. Partant de là, on fut amené, en tant qu'il s'agirait de contrats conclus par télégrammes, à admettre une nouvelle dérogation aux principes du premier projet. Celui-ci, appliquant à la lettre son système d'assimilation, exigeait, en matière de contrats, pour qu'il y eût équivalence de la forme télégraphique et de la forme littérale, même s'agissant de solennité purement conventionnelle, que les deux télégrammes fussent conformes aux titres prévus et exigés par la loi pour l'observation de la forme écrite légale, et que les deux originaux fussent signés de chacune des parties (art. 94, § 2 P[1]). Cela impliquait, non seulement que chaque partie signait personnellement le télégramme qu'elle envoyait à l'autre, mais que chaque télégramme reproduisait la teneur exacte et identique du contrat (art. 94, § 1 P[1]). Cette seconde exigence parut également inacceptable. Lorsqu'on propose un contrat par télégraphe, la partie à qui l'offre est faite se contente, en général, de répondre qu'elle accepte; il était inadmissible d'exiger que la teneur des deux dépêches fût identique. Du moment qu'on admettait la forme télégraphique à remplacer la forme écrite, il fallait l'accepter sous les conditions imposées par l'emploi même du télégraphe (*Pr.* 101-102). De là, par conséquent, la modification de rédaction

introduite dans le texte définitif. L'art. 91, après avoir exigé pour chaque partie un exemplaire conforme et identique, se contentait d'ajouter, par voie de référence à l'art. 92, que cet exemplaire pourrait être fourni par voie télégraphique; et cette disposition devait s'appliquer, que la forme écrite fût exigée par la loi ou par les parties. L'art. 106 P², reproduit d'ailleurs par l'art. 127, se contente, après avoir admis le principe de l'assimilation des conditions que la forme écrite soit légale ou conventionnelle, de déclarer que, pour l'observation de ces formes, lorsqu'il s'agira de forme écrite conventionnelle, il suffira de la transmission télégraphique; ce qui veut dire que cette transmission par télégraphe, dans les conditions ordinaires où elle s'opère, et sans référence aux exigences du droit commun en matière d'échange de titres pour ce qui est des contrats, suffit dans tous les cas, qu'il s'agisse de déclaration unilatérale ou contractuelle, à remplacer la forme écrite.

9. Mais la seconde commission n'avait pas cru devoir aller au delà; elle s'en tenait, quant à l'exclusion des lettres écrites, pour la formation des contrats formels, aux principes du premier projet (*Pr.* p. 92-93 et VI, p. 131). La commission du Reichstag considéra comme absolument contradictoire d'avoir admis l'équivalence avec la forme télégraphique, même avec échange de dépêches non identiques dans leur texte, et de l'écarter lorsqu'il s'agissait de lettres missives qui, elles, cependant, sont signées de leur auteur, et qui constituent un titre écrit, ou tout au moins un commencement de preuve par écrit, sous prétexte qu'elles ne reproduisent pas dans les mêmes termes la teneur du contrat. Si l'on admet, lorsqu'une offre est faite par télégraphe, que le seul fait de répondre par dépêche qu'elle est acceptée suffit à réaliser la forme écrite en matière de contrat formel, au moins quand cette forme est imposée par voie d'acte juridique, pourquoi en serait-il autrement, lorsque l'offre est faite par lettre et que la réponse, également donnée par lettre, porte acceptation du contrat? On considéra que cette exclusion des lettres missives était en contradiction certaine avec l'intention présumée des parties, celles-ci ayant voulu surtout se ménager un titre de preuve, et celui-ci résultant pour chacune d'elles de la lettre de son correspondant (Ber, p. 27). Il est vrai que le titre pouvait être insuffisant, parce que, pour celui par exemple qui n'a en mains que la lettre contenant la proposition, celle-ci ne fait pas preuve de son acceptation, et que, pour l'autre, la lettre d'acceptation ne reproduit pas, du moins en général, les clauses du contrat. Aussi im-

portait-il, comme en matière d'échange télégraphique, de donner le droit d'exiger un titre régulier dans les formes de l'art. 126.

10. Bien entendu, le principe d'assimilation de l'art. 127, et les règles d'équivalence qui lui sont adjointes, ne constituent que des présomptions sous forme de dispositione interprétatives. Mais, avant d'appliquer ces présomptions il faut d'abord chercher ce que les parties ont voulu : le premier projet présumait donc qu'elles avaient voulu exclure les lettres missives en exigeant la forme écrite pour tel contrat qu'elles avaient en vue, de même qu'elles étaient censées, en imposant cette forme, pour une déclaration unilatérale ou contractuelle, avoir admis l'emploi de télégrammes, mais sous la condition que les originaux en fussent signés de l'auteur même de la déclaration; pour imposer le contraire, il eût fallu faire la preuve d'une intention différente de la présomption légale. Désormais la preuve à faire est juste à l'inverse; il faudrait établir que les parties ont voulu exiger la signature des originaux télégraphiques, ou, s'il s'agit de contrats, l'identité de leur texte, ou encore, dans cette seconde hypothèse, l'exclusion des lettres missives; faute de quoi, si ces preuves ne sont pas fournies, ce seront les présomptions de l'art. 127 qui devront s'appliquer.

11. Planck (§ 127-2) remarque qu'on a laissé dans le doute la question de savoir si, pour l'admissibilité des lettres missives en matière de contrats formels, il fallait que les lettres fussent signées de la main de l'auteur de la déclaration, ou si, comme en matière de transmission télégraphique, on dût admettre que la forme écrite se trouvât réalisée, même si les lettres, ou l'une d'elles, n'étaient pas signées de la main de l'expéditeur. Pour que la question fût d'une application pratique, il faudrait supposer un illettré faisant écrire sa lettre par une autre personne. Or généralement, en pareil cas, celui qui écrit la lettre l'écrit par procuration et la signe de son nom, en indiquant qu'il signe par procuration du véritable expéditeur; et, dans ce cas, la question qui se pose est celle de savoir si un titre signé par procuration équivaut au titre écrit de l'art. 126. On a déjà vû que, en principe, il fallait répondre par la négative (note sur art. 126). Il faudrait donc supposer alors que celui qui écrit la lettre, au lieu de la signer par procuration, la signe du nom de l'expéditeur, exactement comme celui qui rédige une dépêche pour un autre la signe du nom de l'auteur de la dépêche. Or, il n'est pas douteux que, d'après les usages en cours, une lettre signée d'un nom autre que celui de la personne qui a tracé les caractères de la lettre n'est pas une lettre; en tout cas, ce n'est pas une lettre ayant un caractère d'authenticité. Ce

qui est admis par l'usage en matière de télégrammes, et cela précisément parce que l'original n'est pas remis au destinataire et qu'il n'a pas le caractère d'un titre authentique, n'est pas accepté lorsqu'il s'agit de lettres missives, dont le premier et principal caractère est l'authenticité de la signature. La pensée qui a inspiré la commission du Reichstag dans la modification introduite dans l'art. 127 est précisément l'intention de consacrer les usages en cette matière; aussi Hölder (p. 284) répond-il avec raison que le doute soulevé par Planck n'existe pas, et que les lettres missives ne sont admises à réaliser la forme écrite en matière de contrats que si elles sont signées de la main de l'expéditeur.

12. Il est vrai qu'une autre question pourrait être soulevée pour le cas où ce dernier, ne sachant ou ne pouvant pas écrire, fait tracer sa lettre par un autre : il la signera d'un signe ou d'une marque d'identité, conformément à ce que prévoit l'art. 126 lui-même. Mais alors, devra-t-on, pour la légalisation, imposer les conditions de l'art. 126 et n'admettre que la légalisation en justice ou par devant notaire, au lieu des conditions usuelles de légalisation, dans les pays par exemple où l'on se contenterait de l'attestation d'un officier municipal? Si l'on disait, comme semble un peu le faire Hölder, que la lettre missive est admise par l'art. 127 en tant que titre écrit au sens de l'art. 126, avec cette seule particularité dérogatoire que c'est un titre écrit dont les deux exemplaires originaux ne sont pas identiques, il faudrait en conclure que, pour tout le reste, ce titre est soumis aux conditions d'application de l'art. 126. Mais telle n'a pas été la conception acceptée par la commission du Reichstag; et sous ce rapport l'idée qui sert de point de départ au doute émis par Planck est absolument exacte : on n'a pas vu dans l'échange des lettres un procédé d'application de l'art. 126, moins la conformité des titres. Une lettre n'est pas un titre au sens de l'art. 126; car un titre écrit, au sens de ce dernier texte, est un acte qui a été rédigé officiellement et uniquement pour reproduire la teneur d'un contrat ou d'une déclaration ayant une valeur juridique. La lettre peut bien contenir une proposition de contrat, mais elle peut contenir toute autre chose, et son caractère propre est d'être une lettre, et non un titre juridique. Or, si la commission du Reichstag a assimilé la lettre aux titres juridiques, c'est avec l'intention de les accepter avec leurs caractères propres, tels qu'ils dérivent de l'usage courant, comme on l'avait fait pour les correspondances télégraphiques, et non avec la pensée d'en dénaturer les caractères pour en faire des titres proprement dits. Il

faut donc, pour savoir si une lettre, au sens de l'art. 127, est véritablement une lettre valable comme telle, se reporter uniquement aux usages, et non aux conditions imposées par l'art. 126 pour les titres proprement dits. Si l'usage admet, en matière de lettres, la légalisation par attestation d'un officier municipal, il faudra accepter qu'une lettre ainsi légalisée vaudra comme lettre au sens de l'art. 127, sans exiger les formes de légalisation de l'art. 126. Il n'y a pas à objecter l'art. 129, qui, pour les marques d'identité autres que la signature, exige toujours les procédés de légalisation de l'art. 126; car, ce texte suppose que la légalisation soit prescrite par la loi, tandis que, dans le cas de l'art. 127, nous sommes en présence d'une formalité exigée par les parties, et qu'il faut interpréter suivant les intentions présumées des parties, c'est-à-dire conformément aux usages de la vie courante.

13. On pourrait cependant prévoir une autre objection, c'est que, ni l'art. 126 ni l'art. 127, n'ont cru devoir parler des lettres missives en matière de déclarations unilatérales; et cela parce qu'en cette matière la lettre missive rentrait sous l'application du droit commun. C'est avouer que la lettre est un titre au sens de l'art. 126, donc soumis à toutes les conditions de l'art. 126, sauf dérogations expresses; et il n'y a de dérogation expresse qu'en matière de contrats à propos de la conformité des titres. Il en résulterait, dans la sphère d'application de l'art. 127, que la lettre n'est acceptée comme telle que pour les déclarations contractuelles; de là, en cette matière, l'admissibilité de procédés de légalisation moins rigoureux que ceux de l'art. 126, tandis que, s'agissant de déclarations unilatérales, elle serait considérée comme titre et soumise aux conditions de légalisation de l'art. 126: or cette distinction serait inacceptable. Il faut donc que, en matière de contrats, comme pour les déclarations unilatérales, les lettres aient le même caractère, et qu'elles soient considérées comme des titres au sens de l'art. 126.

14. Le caractère attribué aux lettres missives n'est pas douteux en tant qu'il s'agit de l'application de l'art. 126, c'est-à-dire de forme écrite prescrite par la loi. Par le fait seul que l'art. 126 ne parle pas des lettres, c'est qu'il ne les accepte pas en tant que lettres, et ne les admet qu'en tant que titres répondant aux conditions de l'art. 126 lui-même; de là l'impossibilité de les utiliser, sous forme de lettres, pour la réalisation de contrats soumis à des solennités légales. Mais par le fait seul, au contraire, que l'art. 127, en matière de formes conventionnelles, et à titre de présomption subsidiaire, admettait les lettres en tant que lettres,

pour la validité de la forme écrite en matière de contrats, cela impliquait *a fortiori* que, pour toute déclaration juridique, la lettre missive vaut comme forme écrite dès qu'elle présente les caractères d'une lettre, tels qu'ils sont fixés par l'usage. Si l'art. 127 ne parle que de contrats, c'est qu'il fait allusion à un échange de lettres, ce qui vise un accord contractuel; et c'est, précisément, cet échange qui, en matière de contrats, faisait difficulté, à raison de la diversité forcée des lettres échangées : aussi est-ce l'échange, en tant qu'échange, avec son manque d'identité et de conformité, que l'art. 127 accepte comme formant l'exception admise en matière de contrat. Quant à la lettre, en tant que lettre, elle est, par le fait même, supposée admise, pour toutes les déclarations juridiques, au même titre que la transmission télégraphique, c'est-à-dire en la caractérisant d'après les formes que l'usage lui donne, et non d'après des formes légales. Cela résulte de ce qu'il s'agit, dans l'art. 127, non pas d'une forme imposée par la loi, mais présumée conforme à la volonté des parties (Cf. End., § 65, not. 12-a, p. 272; Cf. Bær, p. 27).

15. Il n'en faut pas moins convenir que l'intercalation pure et simple, dans le texte primitif de l'art. 127, de l'amendement voté au Reichtag a rendu la rédaction finale quelque peu défectueuse, et qu'il eût été préférable de formuler les deux exceptions apportées au principe général de l'art. 127, en disant que, pour l'observation de la forme écrite, il suffirait, sauf intention contraire, de transmission par télégramme ou lettre missive et, s'il s'agissait de contrats, de l'échange des télégrammes ou des lettres.

Art. 128. Lorsque, pour un contrat, la loi prescrit la rédaction d'un titre sous forme judiciaire ou notariée, il suffit, pour l'observation de la forme légale, que l'offre d'abord, et ensuite l'acceptation de l'offre, soit constatée par titre dressé en justice ou devant notaire.

1. L'art. 128 est, comme dit Hölder (p. 284), une disposition interprétative de droit commun d'une formule légale; il a pour but d'indiquer ce qu'il faut entendre, de droit commun, lorsque la loi exige pour un contrat la forme authentique, et, par suite, sous quelles conditions, s'agissant de contrat, cette forme légale, en principe, et sauf disposition contraire expresse, sera considérée comme remplie. Par définition, en effet, lorsqu'un titre est dressé en justice ou par devant notaire, cela implique que toutes les conditions de validité de la déclaration formant l'objet du titre, en tant qu'il s'agit de celles qui consistent dans un fait matériel sus-

ceptible de se passer devant témoins, ont été constatées et vérifiées par le fonctionnaire ou l'autorité chargée de la rédaction du titre. Il faut donc que les faits qui constituent le contenu de la déclaration se soient passés en sa présence, ou, du moins, que la déclaration ait été donnée devant lui et qu'en outre, si d'autres conditions matérielles sont encore exigées pour la perfection de l'acte, telle que serait, par exemple, la réception de la déclaration, ces conditions aient été également vérifiées de la même façon ; tout au moins si le titre a pour but de constater, non seulement l'émission de la déclaration, mais la formation de l'acte juridique qui en était l'objet. De sorte que, s'agissant d'un contrat, lorsque la loi exige qu'il soit rédigé en justice ou par devant notaire, en principe, il n'aurait dû pouvoir se former qu'entre présents, c'est-à-dire les deux parties présentes et échangeant leurs déclarations devant le juge ou devant un notaire. Ou du moins, pour un contrat entre absents, il eût fallu exiger, non seulement un titre qui constate l'offre et un autre constatant l'acceptation conforme, mais la vérification par la même autorité compétente, d'une part, que l'offre avait été acceptée à un moment où elle était encore valable et, d'autre part, que l'acceptation avait été valablement reçue, c'est-à-dire l'offre tenant encore et l'acceptation n'ayant pas été retirée. Fallait-il donc, lorsque la loi prescrivait la forme judiciaire ou notariée, exiger forcément la présence des parties devant l'officier public ou le magistrat compétent ; ou admettrait-on la possibilité des contrats entre absents, ou, du moins, l'application de cette forme aux contrats entre absents? Et enfin, si on l'admettait, qu'exigerait-on pour que le contrat entre absents fût considéré comme conclu sous cette forme? Telles étaient les questions qui devaient se poser et que le nouveau Code civil avait à résoudre.

2. Le premier projet n'avait pas prévu la question sous sa forme expresse; de sorte qu'il ne contenait aucune disposition interprétative des formules légales visant la forme authentique. Il se contentait de prévoir deux applications de la forme authentique. Certains contrats, en effet, devaient être conclus devant notaire ou devant justice, et il s'agissait ici de la conclusion judiciaire ou notariée du contrat; ce qui impliquait la présence des parties échangeant leur consentement devant l'officier public compétent, comme au cas d'adoption (art. 1616 P[1]) ou d'institution d'héritier (art. 1943 P[1]). D'autres, au contraire, devaient simplement être rédigés sous forme judiciaire ou notariée, — c'était, d'après la terminologie du projet, la rédaction judiciaire

ou notariée (M. 186-187), — auquel cas il n'était pas indispensable que l'échange des consentements ait lieu devant l'officier public ou le magistrat, chacun des contractants pouvant se contenter de faire sous cette forme sa propre déclaration, et l'échange devant avoir lieu alors sous les conditions ordinaires du droit commun, et sans intervention d'aucune autorité publique.

3. La seconde commission fut amenée cependant à prévoir la question sous sa forme générale et à poser un principe d'interprétation légale à cet égard; et elle y fut conduite à la suite d'une discussion bien autrement importante sur la forme des actes. La question fut soulevée à propos de l'art. 1914 P[1], relatif à la forme du testament (cf. art. 2231 et suiv. et *Pr.* V, p. 326). Comme on prévoyait à ce sujet la forme notariée, on se demanda s'il n'y avait pas lieu d'introduire dans le Code civil, à propos de la forme des actes, et à la suite de l'art. 106 P[2], une réglementation générale et unitaire, en ce qui concerne les conditions de validité de la forme authentique. Le premier projet avait laissé ce point entièrement au domaine du droit particulariste. Non seulement il n'y avait point d'organisation unitaire du notariat faite par loi d'Empire; mais, en ce qui touche les formes, la question de savoir, par exemple, quelles règles de forme s'appliqueraient toutes les fois que la participation d'un notaire serait exigée, dans quels cas, par hypothèse, les relations de parenté avec les intéressés seraient une cause de nullité, ou encore la question de savoir si l'emploi de la langue allemande serait obligatoire par tout l'Empire, tous ces points étaient restés dans le domaine du droit particulariste (M. I, 186), sauf en ce qui concerne cependant la forme des testaments (cf. M. V, p. 280). Alors pourquoi l'unité, jugée nécessaire en cette dernière matière, ne se fût-elle pas étendue à tous les actes solennels, ceux du moins pour lesquels la loi exigeait l'intervention d'un notaire, et en particulier les contrats d'aliénation (cf. art. 313)?

4. On sait, en effet, que le Code civil, suivant en cela la tradition romaine, distingue le contrat par lequel on s'oblige à aliéner, contrat obligatoire d'aliénation, du contrat par lequel on réalise l'aliénation, contrat réel d'aliénation. Or, non seulement ce dernier doit se faire sous des formes solennelles, sous forme de cession judiciaire devant le magistrat chargé de la tenue des livres fonciers (art. 925); mais le contrat obligatoire lui-même est soumis à des formes légales, devant être passé sous la forme judiciaire ou notariée (art. 313). Il est vrai que, si les formes ont été omises, et que la cession judiciaire n'en soit pas moins réa-

lisée suivant les formes de l'art. 925, cette inscription aux registres purge le vice de forme du contrat obligatoire. Cela revient à dire que, si les parties sont d'accord pour dispenser ce premier contrat des solennités de l'art. 313, elles n'ont qu'à se présenter toutes deux devant le juge préposé aux livres fonciers et à faire devant lui la cession visée par l'art. 925, pour que l'aliénation soit valable. Du moins, est-ce le droit théorique du Code civil; car l'art. 113 de la loi d'Introduction réserve l'application des lois d'Etats quant à la réglementation du droit d'inscription aux livres fonciers; et dans certains Etats, en Alsace-Lorraine par exemple, la coalition des notaires a obtenu que l'on interdît au juge rédacteur du livre foncier de procéder à la cession et inscription d'une vente qui n'eût pas été rédigée au préalable sous les formes de l'art. 313. *Ausf. Ges. d. Gr. B. Ordn. in Elsass-Lothr.* § 14, cf. *Ausf. Ges. d. B. G. B. in El. Lot.* § 74, § 87, Édition *Hugo Molitor*, p. 237; et *Ausf. Ges. d. Ges. üb. F. G. B.*, § 44.) Sans doute, si le juge passait outre, le vice de forme serait purgé conformément à l'art. 925; mais la responsabilité du juge serait engagée, puisqu'il eût violé la loi, et on peut être sûr qu'il n'acceptera pas de passer outre, de sorte que, dans les Etats de ce genre, on ne peut plus dire que les parties peuvent, si elles sont d'accord à ce sujet, se dispenser des formes de l'art. 313.

5. On trouvait alors inadmissible que les conditions de validité du contrat obligatoire d'aliénation, ou de tout autre contrat soumis par la loi à la forme notariée, pussent varier suivant les Etats, et que dans tel Etat la vente d'un immeuble, par exemple, fût valable quant à la forme, alors qu'elle serait nulle dans l'Etat voisin, à raison de la divergence des conditions de forme. Sans doute, on ne demandait pas une organisation unitaire du notariat. On savait que, dans l'état actuel des choses, une telle prétention eût été irréalisable. Mais, tout en admettant que la variété subsistât en ce qui concerne la nomination des notaires, la transmission de leurs charges et autres questions de ce genre, on pouvait très bien soumettre à une réglementation unitaire la confection des actes pour lesquels leur intervention fût obligatoire (*Pr.* V., 431-432).

6. Cette manière de voir fut cependant écartée. Non pas que l'on méconnût l'intérêt et l'utilité d'une réglementation unitaire en ce qui touche les conditions de l'authenticité. Mais il sembla que cette matière n'était pas de la compétence du Code civil et qu'elle impliquait déjà une loi générale sur l'organisation du notariat, ce que tout le monde s'accordait à considérer comme un projet

prématuré. Tout au moins eût-il fallu en réserver la mise en œuvre pour une loi sur la juridiction gracieuse, telle que celle dont il était question, et qui fut, en effet, promulguée à peu près en même temps que le Code civil. Il était facile de reconnaître, en tout cas, que les dangers du particularisme avaient été fort exagérés, puisque, d'après les règles de conflit en ce qui touche les lois sur la forme des actes, tout acte passé conformément aux lois locales dût être valable par tout l'Empire, et que son application dût en être garantie, même dans les Etats qui eussent exigé des formes plus rigoureuses. Aussi la proposition fut-elle repoussée sous cette forme (*Pr.*, V., 433-434); et l'on écarta ainsi celui des amendements de la sous-commission qui formulait une série de dispositions générales quant à la forme notariée (*Pr.*, V., 470).

Notons, d'ailleurs, que la loi sur la juridiction gracieuse, ou juridiction volontaire (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*), fut promulguée également en 1898, pour entrer en vigueur en même temps que le Code civil; or elle contient précisément des dispositions importantes sur la rédaction des actes authentiques, les formalités à remplir, et de même sur les conditions d'aptitude à exiger des témoins en matière d'actes notariés ou judiciaires, dans les cas où des témoins peuvent être exigés (*Ges. üb. f. G. B.* art. 167 et suiv.).

7. Mais, tout au moins, y avait-il une question d'interprétation légale qui dût s'imposer, en dépit du particularisme des formes; c'était celle de savoir ce que le Code civil devait entendre lorsqu'il parlerait de la forme notariée, et si, par suite, il fallût exiger la présence des parties devant le notaire, ou si l'on dût admettre la possibilité d'une forme de ce genre applicable même entre absents. C'est à cela que se réduisait désormais le projet subsidiaire de la sous-commission (*Pr.*, V., 456).

8. Avant tout, l'on fut d'avis d'admettre la distinction, déjà implicitement consacrée par le premier projet, et d'après laquelle la forme authentique pût comprendre deux catégories spéciales, l'une impliquant forcément la présence des parties devant le magistrat, et par suite l'entière conclusion de l'acte se faisant en présence de l'officier public compétent; l'autre exigeant seulement la rédaction sous forme authentique des déclarations des parties, l'échange de ces déclarations, s'il s'agit de contrats, ou leur notification, s'il s'agit de déclarations unilatérales, pouvant se faire et se prouver d'après les règles du droit commun, sans intervention d'aucun officier public. Les actes pour lesquels la première forme est exigée, celle impliquant la présence des parties devant l'officier

désigné par la loi, constitue l'exception; aussi ne s'impose-t-elle que là où la loi la mentionne en termes exprès, en disant que l'acte doive se passer devant la justice, ou devant un notaire, ou en présence de tout autre officier public, comme au cas de mariage (art. 1317), au cas de cession judiciaire immobilière (art. 925), ou encore lorsqu'il s'agit du contrat pécuniaire de mariage (art. 1434), du contrat d'adoption (art. 1750 § 2), de l'institution d'héritier (art. 2276) (cf. encore art. 1015 et 2290 § 4).

9. En tant qu'il s'agit d'un acte unilatéral, ou, d'une façon générale, de déclarations unilatérales, comme, par exemple, s'il y avait lieu de donner l'authenticité à chacune des déclarations séparées des parties contractantes, sans qu'il fût question encore de l'authenticité d'un contrat pris dans son unité (cf. *Pl.* § 128-1), dans tous ces cas, il va de soi que la déclaration doit être donnée devant justice ou devant notaire, de sorte qu'a *priori*, il semble bien qu'il n'y ait pas à distinguer deux formes possibles d'authenticité, puisque, dans tous les cas, la présence du déclarant est exigée. Et cependant, si l'authenticité vise moins le fait de la déclaration que la perfection même de l'acte juridique qu'elle a en vue, on pouvait encore se demander, puisque la déclaration n'acquiert sa valeur juridique, au moins lorsqu'elle s'adresse à un intéressé pris en particulier, que lorsqu'elle parvient à celui qu'elle concerne (art. 130), si le fait de cette notification, et, par suite, la présentation même du titre contenant la déclaration, devait avoir lieu par devant justice ou notaire, ou si, tout au moins, l'on n'avait pas à exiger une seconde déclaration, également authentique, constatant que la première était parvenue à son adresse.

10. Sur ce point, cependant, on fut unanime à s'en tenir, pour la réalisation de la forme authentique, à l'authenticité donnée à l'émission de la déclaration. On reconnut même que cette solution allait de soi et qu'il n'y avait pas à le dire expressément. Lorsque la loi, disait-on, exige la rédaction sous forme authentique d'une déclaration unilatérale, par exemple d'un consentement à donner, comme au cas des art. 1516 § 2, 1517, 1730, 1748, et autres de ce genre, il va de soi que ce qui est nécessaire, mais suffisant, c'est la constatation par l'officier public des déclarations émises par la partie qui est l'auteur de l'acte (*Pr*. V. 438). Il ne faut pas, en effet, confondre deux choses, la perfection de l'acte et sa solennité. La solennité existera, et sera suffisante et valable, à supposer l'acte réalisé, par le fait seul de la rédaction d'un titre constatant la déclaration; quant à la perfection de l'acte, elle peut exiger sans doute une condition nouvelle, qui est le fait, pour la déclaration, de

toucher celui qu'elle vise : ce sera aux intéressés à faire la preuve nécessaire. Mais, cette preuve faite, il était inadmissible que l'on jugeât la forme authentique incomplète, sous prétexte qu'elle ne s'appliquait qu'à l'émission de la déclaration, et non à sa notification. On trouvera, en dehors des exemples déjà cités, des applications de ces dispositions, en matière de donation, au moins en tant qu'il s'agit de la déclaration de celui qui s'engage, et par suite, du donateur (art. 518) et aussi en matière de testament (art. 2033 et 2352 ou d'hérédité, art. 2348 et 2371 ; cf. également art. 81).

11. Mais, si la chose allait de soi, en matière de déclarations unilatérales, il s'en fallait de beaucoup qu'il en fût de même lorsqu'il s'agissait d'un échange de déclarations, et, par suite, de contrats.

Sans doute, on pouvait admettre, et tout le monde l'admit, la sous-commission comme la commission plénière, qu'il n'y avait pas plus à exiger l'authenticité s'appliquant à la présentation de l'acceptation qu'il n'y avait à l'imposer pour la notification d'une déclaration unilatérale quelconque (*Pr.*, v, p. 439 et p. 441). Mais l'acceptation impliquant échange de volontés, n'est-ce pas cet échange qui devait être l'objet de l'authenticité, et non pas seulement chaque déclaration isolée? Or, pour qu'il en fût ainsi, il fallait la participation du notaire ou de la justice présidant à l'échange même des consentements, c'est-à-dire à l'arrivée de l'offre, aussi bien qu'à son acceptation ; ce qui eût exigé une notification authentique de l'offre, ou une déclaration authentique de réception de l'offre de la part de l'acceptant. Tel fut précisément le principe accepté comme formant la base de l'avant projet de la sous-commission ; il devait être formulé sous forme d'addition, ou d'article supplémentaire, à la suite de l'art. 124 P² (art. 124 a de l'avant-projet ; *Pr.*, v, 443). On exigeait la rédaction sous forme authentique de l'offre, sa présentation par justice ou par notaire et la même authenticité donnée à l'acceptation, si ce n'est qu'on n'exigeait plus, au moins de droit commun, notification de l'acceptation, ni authentique ni autre. Ce qui voulait dire, non seulement que le contrat, à défaut de cette notification, était valablement rédigé sous forme authentique, mais qu'il était présumé valablement conclu, en ce sens que l'intéressé n'avait plus à établir que l'acceptation était valablement parvenue. Ou plutôt l'auteur de l'offre était censé avoir renoncé par là à ce que l'acceptation lui fût déclarée directement : en réalité, il fallait aller jusqu'à dire, en pareil cas, que le contrat se formait dès que l'acceptation était émise sous forme authentique.

12. Certains amendements, sans doute, subordonnaient la nécessité d'une présentation authentique de l'offre à la demande expresse qui en eût été faite par l'auteur de l'offre, demande insérée dans la rédaction authentique de l'offre; mais, en revanche, ils ne présumaient renonciation, de la part du pollicitant, au droit commun, relatif à la nécessité pour l'acceptant de lui adresser son acceptation, que si cette présentation de l'offre avait été requise et ainsi réalisée par justice ou par notaire : dans ce cas seulement, la conclusion du contrat se réalisait par l'émission sous forme authentique de l'acceptation. On paraissait considérer assez unanimement que l'auteur de l'offre ne pouvait être présumé avoir renoncé à ce que l'acceptation lui fût adressée que s'il avait la garantie d'une notification authentique de l'offre : le contrat se formait alors par le fait de la présentation même de l'offre par un officier public avec acceptation correspondante, également constatée sous forme authentique (*Pr.*, v, p. 435, n° 4, et p. 439).

13. La minorité de la sous-commission avait été d'avis, cependant, de s'en tenir aux principes, au moins implicites, du premier projet et, par suite, de ne rien exiger de plus que la rédaction authentique, faite isolément, de l'offre et de l'acceptation (*Pr.*, v, p. 439, p. 440).

14. A cette proposition, sans doute, on fit d'assez graves objections, dont la plus forte consistait à dire que, des trois buts visés par l'authenticité, deux au moins, sous cette forme, se trouveraient n'être pas réalisés. Le premier est d'être une garantie contre la précipitation et l'irréflexion : pour celui-ci, sans doute, il suffirait de l'authenticité, même sous forme isolée, de chacune des deux déclarations. Mais déjà pour le second, qui est de manifester sous une forme non douteuse la volonté de conclure un acte juridique, donc de donner son expression à la volonté juridique des parties, le système de la minorité, disait-on, se trouvait insuffisant; car il ne garantit en aucune façon l'union et l'identité des volontés. L'acceptation peut avoir été donnée au reçu d'une simple lettre ou d'un télégramme, sans présentation de l'acte authentique et sans que l'acceptant ait pu prendre de ce dernier une connaissance sérieuse et suffisante, de telle sorte que la volonté de l'acceptant puisse ne plus s'identifier exactement à celle du pollicitant.

Il est vrai qu'en formulant cette objection on étendait quelque peu le but généralement assigné à l'authenticité, et qu'on lui demandait, non seulement de donner son expression extérieure à la volonté juridique, mais de garantir la corrélation de cette

volonté avec son contenu formel; et ce but, même avec la présentation de l'acte, n'est pas forcément atteint. Que de fois, en effet, une lecture précipitée par un notaire laisse l'acceptant, même s'il accepte sous forme authentique, dans l'incertitude absolue sur la valeur juridique des dispositions qui lui sont soumises! Il faut convenir toutefois qu'il peut demander des éclaircissements, dont l'occasion ne lui est plus officiellement fournie en l'absence de notification sous forme authentique.

15. Restait la question de preuve; et il n'est pas douteux, si l'avantage de fournir un titre de preuve n'est pas le but principal de l'authenticité, entendue d'une solennité de forme, qu'il en est bien au moins le but secondaire; et cette fois, disait-on, ce but était entièrement méconnu par le système des rédactions isolées. Celui-ci fournit bien la preuve que l'offre ait été émise sous la teneur et à la date indiquée, et qu'il en ait été de même de l'acceptation; mais il n'établit pas forcément par là que le contrat ait été formé, puisqu'il ne peut l'être que si l'acceptation est intervenue sans que l'offre ait été valablement révoquée, et de même si l'acceptation parvient à temps au pollicitant. Sans doute, on peut parler de l'engagement du pollicitant de maintenir l'offre (art. 145 et suiv.); mais encore faut-il, pour que cet engagement existe, que l'offre soit adressée à l'autre partie, sinon par l'intermédiaire d'un notaire, tout au moins de la volonté même du pollicitant, ce dont on est sûr au cas de transmission notariée, alors qu'à défaut de cette dernière, même s'il y a eu rédaction authentique de l'offre, du moment que celle-ci parvient à l'autre partie autrement que par la remise du titre, rien ne prouve qu'il soit encore dans les intentions du pollicitant de lui adresser le titre antérieurement dressé. De là la nécessité absolue, lorsque l'offre est rédigée sous forme authentique, de considérer qu'elle n'a de valeur juridique, pour celui à qui elle s'adresse, que si elle lui parvient par la remise même du titre. Et alors, s'il en est ainsi, la conséquence qui s'en dégage, ou du moins celle qui s'impose si l'on veut être sûr que cette remise soit faite conformément à la volonté de l'auteur de l'offre, n'est-elle pas que la remise émane du rédacteur même du titre, ou se réalise par son intermédiaire?

Telles étaient les objections présentées (*Pr.*, v, 440-442).

Théoriquement, on dut reconnaître que ces objections étaient fondées; mais cette rigueur de formalisme parut devoir être en contradiction absolue avec les exigences de la pratique. Et d'ailleurs, n'était-ce pas attacher aux questions de preuve une impor-

tance excessive, en ce sens que, si l'authenticité doit assurer la preuve, c'est la preuve de l'émission des déclarations convergentes, et non forcément celle de la validité de leur convergence? La solennité, même au cas de présentation de l'offre par un notaire, ne garantit pas forcément le maintien de l'offre, puisque l'obligation de la maintenir peut avoir été exclue (art. 145), sans compter que l'auteur de l'offre peut avoir subordonné la faculté de présentation à de nouvelles instructions de sa part, et que, si le notaire fait la transmission sans en avoir informé le pollicitant, il peut se trouver ne faire par là qu'une transmission sans valeur juridique, l'art. 145 ne s'appliquant que si l'offre est présentée ou adressée au gré de celui de qui elle émane. Il peut se faire enfin que le délai de l'art. 147, § 2, ait été dépassé par la faute du notaire. Ce sont là sans doute des hypothèses exceptionnelles; elles suffisent à démontrer que la présentation par voie notariée ne garantit pas forcément la validité de l'offre, et que, par suite, l'authenticité n'a pas pour but principal d'assurer la preuve que le contrat se soit formé.

16. En réalité, la preuve de la formation du contrat doit rester soumise aux règles et conditions du droit commun, si ce n'est peut-être certaines présomptions dérivant de l'authenticité et qui puissent en faciliter la mise en œuvre. Mais la solennité n'a pas pour but de faire tenir le contrat pour formé; elle signifie que, à supposer le contrat existant, il existera avec les formes requises; et toute la question est de savoir si, pour le but qu'on se propose, ces formes doivent être considérées comme suffisantes dès qu'elles s'appliquent séparément à chaque déclaration, sans avoir présidé à leur échange réciproque. A la question ainsi posée, la commission plénière, s'écartant du principe de l'avant-projet qui lui était soumis, se décida pour l'affirmative; il lui sembla qu'au point de vue des usages et de la pratique, lorsqu'on parlait de contrat authentique, on entendait se contenter d'un contrat dont les déclarations convergentes auraient été dressées individuellement sous cette forme (*Pr.*, v, 440-442). N'était-ce pas, d'ailleurs, la conséquence logique, et en dépit de certaines considérations spécieuses et plus théoriques que pratiques, qui dût provenir du point de vue déjà adopté en matière de déclarations unilatérales?

17. Mais, s'agissant de contrat, il y avait lieu de se demander si, à cet égard, et en ce qui touche la formation même du contrat, il n'y avait pas à tirer de la forme authentique une présomption nouvelle, destinée à en accroître la valeur pratique.

S'agissant de déclarations unilatérales, en effet, si on n'exige pas, sans doute, une notification authentique, on ne déroge pas à la règle que, pour produire son effet, cette déclaration doit toucher celui qu'elle vise, sauf à l'intéressé à faire la preuve qu'elle est parvenue ou non à son adresse, suivant les intérêts en cause, et conformément aux règles du droit commun. Exigerait-on également, en matière de contrat, que l'on fît la preuve, relativement à l'acceptation, qu'elle fût parvenue au pollicitant, dans les conditions où cette preuve est requise (cf. art. 151)? Présumerait-on, tout au moins, que le pollicitant eût reçu la déclaration de l'acceptant, sauf à lui permettre la preuve contraire? Ou, enfin, placerait-on la date de formation du contrat au moment de l'émission de l'acceptation, ou plutôt de sa rédaction sous forme authentique? Il s'agissait, au fond, d'une question de présomption de la volonté des parties, puisque l'art. 151 admet que le pollicitant peut avoir renoncé à ce que l'acceptation lui fût adressée et déclarée directement.

18. D'après l'avant-projet, on ne déduisait cette renonciation que de la présentation de l'offre par justice ou notaire; c'était dans ce cas seulement que l'auteur de l'offre était censé avoir voulu que le contrat se formât au moment de la rédaction authentique de l'acceptation. Il était sûr, en effet, ou à peu près, que celle-ci interviendrait à un moment où son offre aurait toute sa valeur juridique, et à un moment qu'il pourrait connaître au moins approximativement. Mais n'était-ce pas au contraire le soumettre à toutes les incertitudes que, de droit commun, on avait voulu lui éviter (art. 152), que, sans qu'il y eût présentation authentique de l'offre, exposer le pollicitant à se trouver lié à son insu? Quoi qu'il en soit, la seconde commission ne crut pas devoir s'arrêter à cette objection; et, tout en ayant rejeté le point de départ de l'avant-projet, elle tint à maintenir la conséquence qu'on en avait tirée quant à la formation du contrat. Il y a présomption, lorsque l'offre est notariée, que c'est par la remise du titre qu'elle sera transmise; et, par suite, celui qui a fait l'offre, l'adressant par le fait même qu'il la déclare devant notaire, est censé s'en tenir aux présomptions d'usage et consentir à ce que la rédaction sous forme authentique de l'acceptation, suffise à l'engager. Mais ce n'est qu'une présomption, susceptible de tomber devant une volonté contraire, suffisamment exprimée (art. 152) (*Pr.*, v, 442).

Toutefois, on considèra avec raison que cette conséquence, relative à la formation du contrat, était, au point de vue de

l'exactitude des principes, indépendante de la question relative aux conditions légales de l'authenticité; et, tandis que l'art. 128 règle uniquement la question de forme, on transporta à la section sur la formation des contrats la disposition relative au moment fixé pour cette formation, lorsqu'il s'agirait de contrats authentiques (art. 152).

19. La conséquence à tirer de ces observations est donc que, en dépit de l'authenticité donnée à l'offre et à l'acceptation, l'auteur de l'offre peut encore établir que l'offre était parvenue à l'autre partie contre son gré à lui, pollicitant; et ce serait le cas, par exemple, si le titre avait été perdu et qu'il parvînt à la partie intéressée à l'insu de celui de qui il émane. Celle-ci pourrait croire l'offre mise en mouvement, alors qu'elle aurait été simplement fixée et formulée. Car la forme authentique donnée à une déclaration n'équivaut nullement, Hölder le remarque avec raison, à sa mise en œuvre et encore moins à sa réalisation définitive en tant qu'acte juridique. Ce n'est qu'une façon de formuler et fixer la déclaration, un procédé légal de manifestation d'une volonté juridique; après quoi, il faut la mise en œuvre, ou l'émission proprement dite, laquelle s'accomplit par le fait d'adresser cette déclaration, et en dernier lieu son exécution définitive, qui s'achève par la réception (cf. art. 130 et la note). Or, tous ces faits sont à établir en dehors de l'authenticité; et celui de qui émane l'offre peut donc faire la preuve, non seulement que l'offre a été utilisée et mise en mouvement contre son gré, mais aussi qu'elle n'a pas été valablement réalisée, parce qu'au moment de la réception il y avait eu révocation préalable, et parvenue dans les conditions exigées par la loi (Höld., § 128, p. 285). Et, en faisant ces preuves, on ne prouve pas contre la foi due à un acte public, car l'acte ne fait preuve que de la déclaration émise devant l'officier public, et non de sa mise en œuvre et encore moins de son exécution définitive (Pl., § 128, I, 179).

20. Toute cette théorie n'est expressément formulée par l'art. 128 que pour les hypothèses où la loi a prescrit la forme authentique; et le Code civil, en principe, ne pose plus aucune présomption pour le cas où cette exigence fût imposée par la volonté des parties. Sans doute, il n'en est plus de même de la présomption de l'art. 152 sur la formation des contrats rédigés sous forme authentique : il suffit que les deux déclarations aient donné lieu à la rédaction d'un titre authentique, sous les conditions de l'art. 128, pour que les parties soient censées avoir placé la formation du contrat au moment où l'acceptation a été dressée

sous forme de titre authentique, l'auteur de l'offre ayant ainsi renoncé à ce que le titre d'acceptation lui soit notifié. Et il en est ainsi que l'authenticité soit imposée par la loi ou par les parties. (Pr. v, 442.) Mais à plus forte raison, cette présomption s'imposerait-elle si l'on ne se fût pas contenté de rédactions successives et isolées, comme dans l'art. 128, mais que la présentation de l'offre eût été faite par l'intermédiaire d'un officier public. Aussi, serait-il quelque peu aventuré de conclure de cette application de l'art. 152 aux deux hypothèses, celle de l'authenticité légale et celle de l'authenticité conventionnelle, à la même solution pour l'art. 128 (cf. Pl. § 128-3, p. 179). On pourrait très bien concevoir que les parties eussent visé un formalisme plus complet, tel que la présentation de l'offre par l'intermédiaire d'un notaire, et l'art. 152 s'appliquerait encore, voire même a *fortiori*. Faut-il dire, en sens inverse, que c'est cette extension de l'authenticité aux trois degrés d'exécution de la déclaration qui devrait être présumée, comme ayant été visée par les parties (cf. Höld., § 128, p. 284)? Ce serait, dans la plupart des cas, aller contre tous les usages de la pratique et substituer une présomption à une autre, ce que le Code civil n'a ni fait, ni voulu. Aussi serait-ce à l'intéressé à faire sa preuve et à démontrer ce qu'ont voulu les parties, soit l'adoption du système de solennité de l'art. 128, soit un système plus rigoureux, sans que cette preuve fût facilitée par aucune présomption légale forcée.

Art. 129. — Lorsque la loi prescrit, pour une déclaration de volonté, la légalisation publique, la déclaration doit être faite par écrit, et la signature du déclarant doit être légalisée par l'autorité compétente, ou par un fonctionnaire ou notaire compétent. Si l'auteur de la déclaration l'a signée au moyen d'une marque d'identité, la légalisation de la marque, telle qu'elle est prescrite par l'art. 126, § 1, est alors nécessaire, mais suffisante.

La légalisation publique peut être remplacée par la forme authentique, qu'elle soit judiciaire ou notariée.

1. La disposition de l'art. 129 sur la légalisation n'a été prévue que lors de la révision du second projet (Pr. vi, 131) ; on considéra avec raison qu'elle devait être le complément des prescriptions relatives à la forme et surtout à l'authenticité. Il y a des cas, en effet, où la loi se contente d'exiger la légalisation du titre (Planck, § 129, cite, à ce sujet, les articles du Code civil où il en est ainsi : art. 371, 403, 411, 1035, 1155, 1342, 1372, 1491, 1528, 1577. 1597. 1662, 1706, 1945) ; ce qui est très différent de l'au-

thenticité. L'objet de cette dernière est d'attester le contenu d'une déclaration, ainsi que les conditions de validité de cette déclaration qui sont susceptibles de constatation personnelle; c'est ainsi, comme dit Hölder (p. 287-288), que l'officier chargé de dresser le titre certifie, non seulement que telle déclaration a été émise devant lui par telle personne, à telle date; mais il est censé attester implicitement que cette personne, à l'apparence tout au moins, et d'après l'impression qu'il a pu en avoir, était capable et saine d'esprit. L'objet de la légalisation est bien plus restreint; il consiste, en général et en principe, et sous réserve d'une formule, peut-être un peu différente, à déduire de la conception admise par le nouveau droit allemand, à attester, de la part du fonctionnaire ou de l'officier public chargé de la légalisation, que telle personne est bien celle qui a apposé sa signature ou sa marque sous tel acte.

2. Le Code civil devait prévoir les conditions sous lesquelles la légalisation serait valable; et celles-ci sont au nombre de deux, d'abord une rédaction écrite de la déclaration, donc un titre écrit, et ensuite une attestation écrite, émanant de l'autorité compétente, par laquelle il est certifié que la signature mise au bas du titre est bien de l'auteur du titre. C'est là, du moins, la formule exacte et précise qui dérive du texte de l'art. 129; peut-être ne répond-elle plus tout à fait à la rédaction de la loi actuelle sur la juridiction gracieuse.

3. Les fonctionnaires chargés de la légalisation, s'agissant tout au moins d'une signature au sens propre du mot, ne sont plus exclusivement les juges et les notaires, comme en matière d'authenticité. Le texte parle d'autorités compétentes et de fonctionnaires compétents, et la distinction vise sans doute les représentants de telles ou telles autorités publiques, différentes de l'autorité centrale, telles que seraient les autorités municipales. Quant à la désignation de ces autorités et fonctionnaires, ainsi qu'à la détermination de leur compétence, ce sont des points laissés au droit particulariste et à la réglementation des lois d'Etats (Pr., VI, 131). La compétence ainsi visée pourra être, sans doute, une compétence locale, mais ce que l'on a en vue surtout c'est la compétence *ratione materiæ*, dépendant de la nature de l'acte, tels ou tels fonctionnaires devant être compétents pour tels ou tels actes seulement. Toutefois, pour ce qui est des notaires, cette variété de compétence, en principe, n'existe plus : tout notaire est compétent pour tout acte, quel qu'il soit, du moment qu'il s'agit de légalisation. Tel est le

principe; pour qu'il en fût autrement, il faudrait une restriction dans les lois d'Etats. Voilà pourquoi, en prévision d'une limitation possible de cette espèce, le texte de l'art. 129 fait allusion à la compétence des notaires comme à celle des autres fonctionnaires. Il en est de même, en principe, des justices de bailliage; cela fût résulté déjà implicitement du texte de l'art. 129 qui déclare la légalisation valablement remplacée par les formalités de l'authenticité, laquelle peut être procurée par justice ou par notaire, sans autre limitation de compétence : à *fortiori*, la même généralité de compétence se trouve-t-elle implicitement admise, lorsqu'il s'agit de constater et d'attester non plus l'émission de la déclaration, mais l'apposition de la signature. Cependant la loi sur la juridiction gracieuse a cru devoir poser ce principe expressément (*Ges. üb. f. G. B.*, art. 167).

4. Mais en même temps, cette même loi (art. 183) est venue modifier quelque peu les exigences du texte de l'art. 129, en vue de simplifier les formalités qu'il implique. D'après l'art. 129, la signature devant être certifiée par l'officier chargé de la légalisation, elle devrait avoir été constatée par lui, donc tracée en sa présence. Il est rare qu'en pratique les choses se passent ainsi. Lorsque le signataire du titre est connu de l'officier auquel il s'adresse, il lui présente le plus souvent le titre déjà signé, en le priant d'attester que la signature est bien la sienne. Dans ce cas, l'officier ne peut plus certifier qu'il ait vu telle personne signer elle-même; il ne peut qu'attester que telle personne a reconnu la signature comme venant d'elle et comme tracée de sa main. Et c'est en effet cette formule un peu différente qu'emploie l'art. 183 de la loi nouvelle, laquelle parle de reconnaissance de la signature, et non plus d'attestation de la signature elle-même : ce que dit cet art. 183, c'est que la signature doit avoir été, soit tracée, soit reconnue, devant l'autorité compétente. Ce qui est certifié par la légalisation, c'est que telle personne s'est reconnue comme signataire de l'acte; mais il n'est plus garanti, sous la foi de l'autorité publique, que cette personne l'ait réellement signé elle-même de sa main. Elle peut l'avoir fait signer. On a fait remarquer toutefois, sur le texte de cet art. 183, que, s'il s'agissait d'aveugles, il ne pourrait être question pour eux de reconnaître leur signature. Il faudrait qu'ils l'eussent tracée en présence du fonctionnaire chargé de la légalisation (Cf. *Ges. üb. f. G. B.* édition Jastrow, chez *Guttentag*, sur § 183, not. 4). Quoi qu'il en soit, on peut dire, d'une façon générale, que l'acte légalisé ne doit pas se confondre avec l'acte écrit; en ce sens que la légalisation peut rester valable

sans que la forme écrite se trouve réalisée. On sait, en effet, que cette dernière ne peut répondre aux conditions de la loi que, si la signature est de la main même de l'auteur de la déclaration, non pas forcément de l'auteur du titre, au sens étroit du mot, puisque le titre peut être écrit d'une autre main, mais de l'auteur de la déclaration. Si donc il est établi, malgré l'attestation de l'auteur de la déclaration, que la signature ne soit pas de lui, l'acte reste un acte légalisé, bien qu'il ne soit plus un acte écrit, au sens légal du mot.

5. Aussi Hölder fait-il observer que l'acte légalisé exige sous ce rapport une condition de moins que l'acte écrit, tandis qu'à d'autres égards il exige certaines conditions de plus (p. 286). C'est ainsi que, par là même, se trouve exclue la légalisation d'une signature donnée en blanc; puisque l'auteur de la déclaration se reconnaît le signataire de la déclaration dont la rédaction précède, donc qui se trouve actuellement écrite. Et, d'autre part, si l'émission de la déclaration se trouve réalisée par le fait seulement de l'affirmation qu'en donne celui qui la signe, la légalisation, c'est-à-dire l'attestation de la signature, étant officiellement datée, la déclaration l'est par le fait même, de sorte que la légalisation fait preuve également de sa date. Et ce sont là tout autant de différences avec l'acte écrit, qui n'est qu'un acte écrit, sans être un acte authentique.

6. Quant aux formes de la législation, elles sont décrites par ce même art. 183 de la loi sur la juridiction gracieuse, et s'appliquent quelle que soit l'autorité, ou quel que soit l'officier ou le fonctionnaire qui intervienne.

A défaut de signature, celle-ci peut être suppléée par un signe tracé de la main de l'auteur même de la déclaration. Mais, cette fois, la légalisation qui s'y réfère ne peut émaner que de la justice ou d'un notaire, conformément aux conditions d'application de l'art. 126, lesquelles sont de rigueur. Aussi semble-t-il bien ici que l'on doive en conclure que l'auteur de la légalisation, puisque, d'après l'art. 126, il certifie la marque, doive l'avoir vu tracer : nous sommes en dehors des termes de l'art. 183. (Cf. Höld., 287.) L'art. 129 déclare, en effet, que l'application stricte des conditions et formalités de l'art. 126 est ici nécessaire.

7. Mais il ajoute qu'elle est suffisante, ce qui pourrait faire croire, l'art. 126 n'exigeant pas que la déclaration soit écrite, au préalable, au moment du tracé de la signature ou du signe qui la remplace, que la légalisation, en tant qu'elle s'applique à une marque d'identité, et non à une signature proprement dite, pour-

rait avoir pour objet un signe écrit avant toute déclaration antérieure, donc donné en blanc. Hölder proteste contre cette interprétation; une marque en blanc peut être valablement légalisée en vue de donner à l'acte la forme écrite, elle n'en ferait pas un acte légalisé. Car, pour qu'il y ait acte légalisé, il ne faut pas seulement qu'il y ait attestation publique de la signature et attestation d'identité, il faut attestation du rapport qui relie la déclaration à la signature, l'auteur de la légalisation certifiant que le signataire s'est reconnu l'auteur des clauses qu'il signe, et qui par là même se trouvent officiellement datées, toutes conséquences qui ne ressortent pas forcément de la légalisation prévue par l'art. 126, ou tout au moins qui ne sont pas indispensables pour que cette dernière reste valable. Il ne faudrait donc pas croire qu'en se référant aux conditions de l'art. 126, lorsqu'il s'agit du signe qui remplace la signature, on eut voulu déroger par là aux conditions générales d'application et de formalité de la légalisation de l'art. 129. Du reste, l'art. 129 ne renvoie à l'art. 126 que pour ce qui est de l'attestation relative au tracé du signe, et c'est en cela que ce dernier supplée la signature; ce qui revient à dire qu'il ne s'agit que de la seconde condition exigée, d'une façon générale, pour la légalisation, et qui est relative à l'identité du signataire, et non de la première, consistant dans la rédaction antérieure de l'acte, laquelle s'applique qu'il y ait une signature ou un simple signe d'identité (HÖLD., 287).

8. En disant que l'application de l'art. 126 serait suffisante, l'art. 129 a, sans doute, entendu par là que les formalités surrégatoires que pourraient établir les lois d'Etats ne sauraient avoir pour but d'aggraver les conditions dérivant de l'art 126 : ces dernières se trouvent ainsi soustraites au domaine du droit particulariste. Il est difficile de croire, en effet, comme l'indique Hölder (*loc. cit.*), que l'on eût visé par avance les modifications qui dussent ressortir de la loi sur la juridiction gracieuse, en ce sens que cette dernière se contentant de la reconnaissance de la signature, sans imposer son tracé en présence du notaire, ou de celui qui est chargé de la légalisation, on aurait pu, en effet, exiger une signature de la part de tout le monde, même de ceux qui ne savent pas écrire, puisqu'ils auraient pu faire signer l'acte et reconnaître ensuite la signature apposée. En dépit de cette facilité, l'art. 129 ne va pas jusqu'à exiger dans tous les cas la signature du déclarant et se contente d'un signe tracé par lui, pourvu qu'il fût certifié par une autorité publique sous les conditions de l'art. 126. Or, même à supposer qu'on eût ainsi prévu

le texte futur de la loi sur la juridiction gracieuse, il serait difficile d'admettre que la loi eût pu considérer comme possible, même à titre de postulat, qu'un déclarant ne sachant pas signer, reconnût comme sienne une signature n'émanant pas de lui.

Art. 130. — Une déclaration de volonté qui soit de celles qui doivent être adressées à un tiers, devient productive d'effets, à supposer qu'elle lui soit adressée en son absence, au moment où elle lui parvient. Elle est inefficace, lorsqu'antérieurement, ou en même temps, parvient au tiers une révocation.

Pour ce qui est de l'efficacité de la déclaration, il est sans influence que celui qui l'a faite meure ou devienne incapable, pourvu que ce soit après l'émission de la déclaration.

Ces dispositions s'appliquent également lorsque la déclaration doit être adressée à une autorité.

1. L'application du principe formulé par l'art. 130 serait relativement simple, si, comme le texte semble bien le vouloir, et comme la doctrine incline à le reconnaître, il n'y avait aucune distinction à faire suivant les procédés de déclaration et qu'il fût possible, en pratique comme en théorie, de ne plus opposer déclaration tacite à déclaration expresse. Et il en serait ainsi, sans doute, si le Code civil n'avait pas introduit une distinction nouvelle, suivant que la déclaration est adressée ou non à quelqu'un. Car il est très certain qu'une déclaration directement adressée à ceux qu'elle vise, — et l'on sait déjà que, d'après certains auteurs tout au moins (Cf. note sur art. 116), il importe peu, pour ce qui est du criterium de la distinction, qu'elle s'adresse à quelqu'un en particulier ou à une collectivité indéterminée, — se conçoit assez mal, au moins à première vue, en tant que déclaration tacite : de là le problème qui se pose de savoir dans quelle mesure le principe de l'art. 130 se trouve-t il s'adapter aux déclarations de ce genre. Et c'est ainsi qu'en dépit de la volonté très manifeste de supprimer toute différence de fond entre les deux catégories de déclarations, sur le terrain de l'application pratique, le problème de la déclaration tacite peut difficilement être évité. Il ne consiste pas à savoir si la déclaration tacite a, en soi, une valeur juridique et si la volonté qui n'est exprimée que par des moyens qui n'aient pas pour but direct de la manifester à ceux qu'elle vise, et qui ne doive se révéler que par voie de déductions tirées des faits extérieurs qui l'impliquent, produira les effets juridiques voulus par celui de qui elle émane, en conformité avec les règles du droit. Sur ce point aucun doute ne saurait

exister, du moment qu'il s'agit d'une volonté certaine et dont la manifestation extérieure apparaisse comme voulue de celui qui en est l'auteur. Le principe est qu'il n'y a plus de contrats formels, sauf exception imposée par la loi ou par les parties. Mais la question est de savoir s'il ne subsiste pas certaines hypothèses dans lesquelles il y ait lieu de distinguer encore, au point de vue des conditions d'efficacité et de perfection de la déclaration de volonté, entre l'expression directe ou indirecte, en prenant ces mots au sens très large, et si, par suite, les conditions mises à l'efficacité de certaines déclarations ne sont pas en contradiction possible avec l'idée même d'une déclaration tacite, telles que seraient les conditions, par exemple, de l'art. 130.

Aussi convient-il d'expliquer l'art. 130 en faisant abstraction, tout d'abord, des déclarations tacites et de l'étudier, par conséquent, comme s'il n'y avait que des déclarations expresses.

§ 1.

2. La question était de savoir à quel moment la déclaration serait juridiquement acquise et produirait ses effets, donc à quel moment elle serait parfaite. Et l'on sait à cet égard toutes les théories proposées par la doctrine, théorie de l'émission, de la réception, de la perception, ou prise de connaissance; encore qu'il faille bien prendre garde, dans l'examen du problème, de ne pas confondre la question relative à la formation des contrats entre absents (Cf. Sal, p. 139, note 3) avec celle de la perfection d'une déclaration unilatérale. Car, si l'on conçoit, en matière de contrats, que l'on puisse proposer la date même de la coexistence des volontés, c'est-à-dire de la manifestation irrévocable de l'acceptation, avant même son émission proprement dite, on ne voit guère quelle théorie pourrait y correspondre, lorsqu'il s'agit de déclaration unilatérale; il ne peut être question de la considérer comme définitivement acquise avant le moment où celui de qui elle émane s'en est en quelque sorte dessaisi lui-même. Et encore faut-il aller plus loin; et déjà par avance peut-on dire que le moment de l'émission lui-même paraît presque inadmissible *a priori*. En effet, on ne voit guère comment, en pratique et en bonne justice, on pourrait, s'agissant de déclarations susceptibles de produire un effet de droit indépendamment de toute coparticipation des tiers qu'elles intéressent, admettre que cet effet fût acquis avant même que celui à l'égard de qui il doive se produire ait pu en avoir connaissance. On voit donc que la question est tout à fait différente de celle qui se pose à propos de la formation

des contrats, puisqu'en pareil cas aucun effet juridique, dérivant du contrat, ne peut exister sans l'acceptation, et par suite sans la coparticipation volontaire des deux intéressés. On n'a plus qu'à se demander si l'acceptation peut être valablement acquise sans que l'on doive en faire part à l'auteur de l'offre. Mais qu'importe, si ce dernier s'est attendu par avance à ce qu'il en fût ainsi, et que cette solution rentrât dans ses prévisions et ses conventions présumées? La question est tout à fait différente.

Quoi qu'il en soit, ce n'est pour le moment que l'efficacité de la déclaration de volonté, en tant que volonté unilatérale, que l'art. 130 se trouve avoir en vue. Et, par déclaration unilatérale, il faut entendre tout aussi bien, ici, chacune des déclarations des contractants, prises isolément; en tant qu'il ne s'agit pas de savoir quand leur accord et leur concordance seraient considérés comme consommés, mais de déterminer le moment exact auquel chacune d'elles est censée parfaite, et définitivement acquise, dans tous les éléments qui en constituent la matérialité proprement dite. Ce que l'on vise, ce sont donc à la fois les offres de contrat et les actes juridiques unilatéraux, valables par l'effet d'une seule déclaration de volonté.

3. Ceci posé, il était certain, du moment que l'on spécialisait la question, pour la restreindre aux déclarations à partie, pour exprimer sous cette forme abrégée celles qui s'adressent à un tiers, que la théorie de la réception s'imposait; puisque, déjà, dans la doctrine, l'expression même qui avait prévalu était celle de déclarations à recevoir, ou impliquant réception (*Empfangsbedürftige Willenserklärung*). Et le caractère qui les distingue, de même que le but qu'elles ont en vue, sont bien le fait qu'elles s'adressent à un intéressé à qui l'on doit fournir les moyens de les connaître. Il est de l'intérêt, et par suite c'est le droit, de celui qu'elles visent, d'être mis à même d'en prendre connaissance; et, par réciprocité, il faut considérer, par rapport à celui de qui elles émanent, qu'elles ne sont encore définitives pour lui que lorsque le fait destiné à cette perception de la part de l'intéressé est entièrement réalisé. Il serait inadmissible qu'un acte émanant, non de la loi, mais de la volonté d'un intéressé, pût devenir opposable à un tiers qui n'aurait pas été à même de le connaître. Toute la question était donc de savoir si l'on exigerait, pour que ce fait fût entièrement consommé dans tous les éléments de sa matérialité, que l'intéressé en eût déjà réellement pris connaissance, ce qui eût été consacrer la théorie de la perception, comme la plupart des romanistes paraissaient le demander. On faisait observer que le destinataire d'une déclaration juridique,

bien qu'il n'eût pas à l'accepter, comme s'il s'agissait de poser la question par rapport à la réalisation même d'un contrat, n'a pas cependant qu'un rôle purement passif à jouer, et qu'il n'est pas, suivant l'image qu'une certaine théorie avait essayé de faire prévaloir, comme une sorte de boîte aux lettres, n'ayant qu'à recevoir les déclarations qui le vise; mais qu'il a une participation active qui lui revient, et dans laquelle sa volonté consciente et agissante doit entrer en cause, puisque déjà, dans toutes les théories, on exige qu'il soit vivant et capable, au moins en principe et comme règle de droit commun, au moment où la déclaration le touche et lui parvient. C'est qu'en effet il faut qu'il ait conscience de la valeur juridique de la déclaration qui lui arrive et, sinon qu'il l'accepte, puisqu'il ne s'agit pas encore de contrat, mais qu'il reconnaisse cette valeur juridique qui la caractérise. Rien n'est plus évident, par exemple, pour le bailleur qui reçoit congé de son locataire, pour le contractant dont l'acte est entaché d'annulabilité pour cause d'erreur, et qui reçoit une déclaration d'annulation de la part de l'autre partie, et dans toutes les hypothèses du même genre. Il y a donc lieu, de sa part, à un acte de volonté, un acte, non pas d'acceptation, mais de réception, ce qui est encore un rôle juridique à jouer. Et il en serait ainsi même en matière d'offre de contrat. Avant de parler d'acceptation, ce qui concerne la réalisation même du contrat — et ce point n'est pas en cause — il y a lieu de parler de réception, et de réception consciente, de l'offre. Cela ne veut pas dire, sans doute, que le destinataire reconnaisse par là même la validité de la déclaration qui lui est faite, mais qu'il en reconnaisse la valeur et la portée juridiques, ce qui est tout différent. Il la reçoit en tant qu'acte juridique. Donc cette déclaration ne devrait être définitivement acquise qu'au moment où celui à qui elle est destinée s'en est, en quelque sorte, emparé par la prise de connaissance : jusque-là, elle est, par rapport à lui, comme n'existant pas.

4. On se laissa impressionner, toutefois, par les difficultés de preuve qu'une théorie de ce genre eût impliquées, surtout si l'on se place au point de vue de l'intérêt principal qui se trouve en jeu, celui de l'irrévocabilité, réserve faite bien entendu des conditions sous lesquelles la révocation est valable; puisque, d'après l'art. 130, elle doit être antérieure ou concomitante à la réception de la déclaration. Mais comment eût-on pu exiger qu'elle précédât ou accompagnât la prise de connaissance? Et comment, en effet, eût-on pu déterminer le moment, par exemple, où le destinataire eût ouvert la lettre déposée dans sa boîte ou le

télégramme qui l'attendait sur son bureau; tandis que les éléments de preuve susceptibles d'établir la date, et même, approximativement, le moment précis, de l'arrivée d'une déclaration confiée à la poste, au télégraphe ou encore à un intermédiaire quelconque, sont relativement faciles à rassembler? L'expéditeur aurait donc pu prétendre avoir le droit de révoquer, même après réception, sous prétexte que le destinataire n'aurait pas encore pris connaissance de la lettre; et ce dernier, en se prévalant du contraire, aurait pu vouloir s'opposer à la révocation, et cela même si, par une circonstance rare, mais qui ne fût pas impossible, il eût connu le contenu de la déclaration avant même qu'elle lui fût arrivée; le tout bien entendu sous réserve de la répartition des rôles quant à la preuve : toutes complications inadmissibles. Mais il fallait surtout mettre l'efficacité de la déclaration à l'abri des négligences ou de la mauvaise volonté de son destinataire. S'il s'agit d'actes juridiques unilatéraux d'où celui qui en est l'auteur attende un effet de droit qui fût indépendant de l'acceptation du tiers à qui la déclaration s'adresse, congés, résiliations, déclarations d'option ou d'annulabilité, et autres de cette catégorie, il était inadmissible que la négligence du destinataire à prendre connaissance de son courrier, ou que son refus de recevoir la déclaration, pût empêcher cette dernière de produire ses effets.

5. Il ne faut pas croire, d'ailleurs, que la théorie de la réception doive couper court à tous les doutes, et même à toutes les difficultés de preuve; car les éléments de preuve sont entre les mains du destinataire qui a reçu la lettre, ou le télégramme, ou d'une façon générale le titre servant de communication matérielle à la déclaration qui lui est adressée. L'expéditeur, sauf le cas où un reçu a été fourni, mais alors cette hypothèse suppose la perception acquise, et non la simple réception, peut donc se trouver fort au dépourvu pour établir l'arrivée à destination de la déclaration. Cela n'a pas d'inconvénient en matière d'offres de contrats, l'offre ne pouvant produire aucun lien contractuel sans l'acceptation, et par suite l'expéditeur n'ayant, ou à peu près, aucun intérêt juridique à prouver que l'offre soit parvenue. Cette preuve n'intéresse que le destinataire, qui peut vouloir établir son droit à acceptation, en dépit d'une révocation survenue; il lui faut démontrer alors que celle-ci est arrivée trop tard. S'il a, par suite, à établir la réception, il a précisément les éléments de preuve entre les mains, par le timbre de la poste, s'il s'agit d'une lettre, l'heure de réception de la dépêche et autres éléments de ce genre, éléments au sujet desquels la fraude a moins de prise que s'il s'agissait du moment

exact de la prise de connaissance. Le destinataire, pour ce qui est de cette dernière, prétendrait toujours qu'elle ait eu lieu au moment de la réception, alors que, le plus souvent, elle se fût réalisée après coup, la révocation déjà survenue. Donc, c'est en matière d'offres que le système présente tous ses avantages. Mais s'il s'agit de déclarations unilatérales, susceptibles de produire leurs effets à l'encontre du destinataire, ce sera ce dernier, surtout s'il s'agit de déclarations soumises à la limitation d'un délai légal, qui prétendra n'avoir rien reçu ou n'avoir reçu que trop tard; et ce serait à l'expéditeur à faire sa preuve, ce qui, en effet, peut être délicat ou même quelquefois assez difficile. Celui-ci agira donc avec prudence, en employant l'intermédiaire d'un officier ministériel, ou, s'il s'agit de lettre, en la faisant charger ou recommander. Mais il n'est pas douteux que cette preuve serait encore autrement difficile pour lui si l'on eût exigé la prise de connaissance; car, pour ce qui est de la réception, il peut toujours, s'il est prudent, se ménager un moyen de preuve; au sujet de la prise de connaissance effective, aucune possibilité de ce genre ne lui eût été fournie.

6. Et c'est par cette considération décisive que l'on doit écarter l'objection la plus forte qui puisse se présenter à l'encontre de la théorie de la réception, et en faveur d'une perception réellement acquise. On prétend, s'agissant de déclarations qui doivent produire leur effet sans la participation du tiers intéressé, qu'il est inadmissible qu'elles puissent ainsi devenir efficaces à son insu; qu'un congé, par exemple, adressé au bailleur puisse être valablement acquis sans que ce dernier en ait réellement pris connaissance. Mais, si la réception a eu lieu dans des conditions telles que le destinataire, s'il eût été diligent, aurait dû connaître la communication à lui adressée, il n'est pas admissible que la faute en retombe sur l'expéditeur, et que celui-ci soit exposé à perdre son droit, à raison de la négligence de l'autre partie.

7. Or, si ce n'est que pour des raisons purement pratiques que l'on se soit écarté de la théorie de la perception, pour s'en tenir à la réception pure et simple, on peut se demander si le principe, et comme le desideratum théorique, ne reste pas encore la prise de connaissance, dont le système définitivement adopté ne serait qu'une atténuation ou une déviation, admise par nécessité, et là seulement où les faits en imposaient l'adoption forcée. La conséquence serait donc une certaine tendance à atténuer à son tour le système de la réception, pour se rapprocher autant que possible du principe idéal de la prise de connaissance, et y reve-

nir, par voie exceptionnelle, dans les cas où les mêmes raisons de nécessité pratique ne s'y opposeraient plus.

8. C'est ainsi qu'Endemann (p. 278-279) donne de la réception cette définition : le fait, pour le destinataire, de se trouver, en fait et en droit, en situation de s'approprier la déclaration à lui adressée; ce qui impliquerait les conditions de fait, et même de droit, exigées pour qu'il y eût acquisition juridique de la possession, d'où il semblerait que l'on dût conclure, en dépit de l'affirmation donnée devant la seconde commission (*Pr.* VI, p. 132), que, pour qu'il y eût réception valable, on dût exiger, non seulement la capacité juridique du destinataire, mais le fait, pour ce qui est de lui, d'avoir, au moment même, conscience de ses actes, par application de l'art. 105. Il s'agirait, sinon de la réalité, mais de la possibilité, d'une volonté juridique au moment de la réception et dans l'acte de réception (sur tous ces points ENDEM. § 67, not. 2 et 3; Cf. Zit., *B. G. B.*, p. 96 et note sur art. 131).

9. Aussi, toute question d'application à part, c'est le principe même sur lequel on s'appuie qui doit être rejeté. D'une part, les auteurs, comme Regelsberger (I, p. 553), qui exigent que la réception soit telle que le destinataire soit en situation, lui ou son représentant légal, de prendre connaissance de la déclaration dans les conditions où devrait le faire un homme d'ordre et soigneux de ses affaires, ne parlent que de conditions de fait, telles qu'elles concordent avec l'usage des affaires, et non de conditions de droit; et, d'autre part, devant la seconde commission, en seconde lecture, et à propos d'un changement de rédaction qui fut jugé inutile (*Pr.*, VI, 131-132), il fut parfaitement spécifié qu'il s'agissait uniquement des éléments de fait et comme de la matérialité de la déclaration, donc de déterminer à quel moment, en tant que fait, elle serait achevée et définitive, sans s'occuper de savoir si, par le fait même, elle serait déjà créatrice de droit ou d'obligation. C'est le mot même d'efficacité qui avait, sous ce rapport, soulevé certains scrupules; il fut parfaitement entendu qu'il ne visait que la réalité matérielle de la déclaration, laquelle n'était envisagée qu'au point de vue de sa réalisation définitive : Existe-t-elle ou n'existe-t-elle pas, en tant que fait juridique, donc en tant que susceptible de produire ses effets? C'est la seule chose que l'on ait eue en vue. Mais produit-elle déjà, et par le fait même, un lien de droit? C'est une question toute autre, que l'art. 130 n'a pas l'intention de résoudre; et c'est à ce propos que l'on a insisté en disant que la réception était un

pur état de fait, à déterminer suivant les usages de la vie, et non d'après des principes juridiques.

10. Or, à ce point de vue, ce serait mal répondre aux nécessités pratiques, et principalement aux usages du commerce, comme Endemann le reconnaît lui-même (§ 67, not. 3), que de tenir compte des possibilités personnelles au destinataire, et surtout de ses possibilités subjectives, en ce qui touche la perception de la déclaration, et son appropriation intellectuelle. La réception doit s'apprécier d'après ce que l'on doit entendre par là dans l'usage courant, d'une façon impersonnelle et objective, sans qu'il y ait à s'occuper de savoir si le destinataire aurait été, pour ce qui est de lui, en fait et en droit de s'approprier la déclaration. La réception est la conclusion définitive, si l'on peut dire, des procédés choisis par l'expéditeur, et de l'acte qui émane de lui. Il s'agit de savoir si cet acte est achevé, et si le procédé employé se trouve comprendre tous les éléments qui le constituent; il en est ainsi lorsque la transmission qui en était l'objet se trouve réalisée sous les conditions normales, afférentes au mode de transmission qui avait été mis en œuvre. Aussi, est-ce confondre les points de vue que de se placer, pour résoudre la question, du côté du destinataire, et du rôle effectif que sa volonté est appelée à jouer, rôle très réel sans doute et très positif, le point est incontestable, mais dont l'appréciation n'est pas à prendre en considération à ce point de vue. Ce qui est en cause, au contraire, c'est de savoir à quel moment, pour l'expéditeur, la déclaration doit être considérée comme ayant dû être appropriée, de telle sorte qu'il ait dû s'attendre à ce qu'elle ne soit plus à sa disposition et qu'il ne puisse plus la révoquer. Or, normalement, il a dû compter qu'il dût en être ainsi à l'instant même de la réception accomplie suivant les conditions ordinaires de la vie. Voilà pourquoi c'est ce moment que l'on doit envisager, et envisager sous ses conditions purement objectives, et sans se rattacher à un principe supérieur, tel que l'idée de perception effective et réalisée, dont le système de la réception ne fût qu'une atténuation, acceptée à regret.

Le seul principe à mettre en relief, c'est qu'il s'agit ici d'un complément d'exécution de la déclaration, lequel dépend du caractère de la déclaration elle-même et du procédé par lequel elle se réalise; si bien que l'on comprendrait à la rigueur, comme on le verra par la suite, que certaines déclarations pussent devenir parfaites par la perception proprement dite, sans autre mode de réception; mais cela tiendrait à leur nature même, et non à une atténuation voulue du système.

11. De la solution de l'art. 130 résulte cette conséquence que la déclaration, en tant que fait matériel, est un acte dont l'exécution juridique comprend plusieurs degrés. On peut distinguer, d'abord, l'acte de volition interne, même irrévocable en soi, et dénué de toute valeur juridique, exactement comme l'intention pure et simple en droit pénal. On serait tenté, ensuite, d'imaginer, au moins à titre de possibilité, la simple manifestation extérieure de la volonté, en tant qu'elle se séparerait de la déclaration proprement dite. Ce serait le fait, de la part de l'auteur de la déclaration, d'avoir manifesté sa volonté, sans avoir pris encore la résolution de la faire connaître d'une façon spéciale et directe à celui qu'elle vise : il y aurait manifestation et non déclaration ; c'est même là une opposition de termes devenue classique dans la doctrine, et que l'on reproduit principalement à propos de la déclaration tacite, celle-ci étant une manifestation extérieure de volonté sans préoccupation directe de l'exprimer, ou plutôt d'en diriger l'expression, à l'égard de celui qu'elle concerne. On peut, d'ailleurs, en admettant cette distinction, varier relativement au critérium sur lequel elle repose ; les uns s'en tiennent, en effet, au critérium subjectif de l'intention, c'est-à-dire au fait d'avoir voulu ou non s'adresser directement au destinataire de la déclaration, et les autres à un critérium objectif, qui serait le fait de s'être servi ou non de moyens normalement destinés à la faire connaître de celui qu'elle vise. Quoi qu'il en soit de ces nuances secondaires, on verra par la suite ce que vaut la distinction elle-même dans son principe. En tout cas, à supposer que ce second degré doive être admis, au moins à titre de possibilité, c'est à-dire en tant qu'il peut ne pas se confondre forcément avec la déclaration proprement dite, et tout en reconnaissant que, d'ordinaire, il y ait réunion des deux actes en un seul, arriverait alors le troisième degré, qui serait le fait de mettre en œuvre un procédé propre, non seulement à une manifestation extérieure de volonté, mais à une manifestation spécialisée, c'est-à-dire dirigée vers celui ou ceux que la déclaration doit atteindre : ce serait la réalisation de la déclaration, ou son émission au sens strict et technique du mot. Par cette émission, l'auteur de la déclaration a fait tout ce qui lui revenait matériellement pour que la déclaration fût réalisée : l'acte matériel de la déclaration est achevé pour la part qui lui revient. Aussi aurait-on compris que l'on s'en fût tenu là pour considérer la déclaration comme parfaite en tant qu'acte juridique : il en est ainsi dans la théorie de l'émission. Le Code civil exige un degré de plus, puisque la déclaration,

quoique réalisée matériellement, n'est pas encore parfaite juridiquement, et qu'elle ne le sera que par la réception. Donc, il y a tout d'abord mise en œuvre, réalisation, ou émission de la déclaration, toutes expressions qui doivent être considérées comme synonymes, puis perfection ou achèvement de l'acte de déclaration. On peut dire que, par le premier acte, l'auteur de la déclaration la crée en tant qu'acte de volonté, et que, par le second, qui, cette fois, est indépendant de la volonté du déclarant, la déclaration conquiert son efficacité et devient parfaite au point de vue juridique. Au regard du droit, il n'y a que ces deux stades qui comptent : émission, perfection, de la déclaration; l'un pouvant parfois se confondre avec l'autre. Car il dépend de la loi d'admettre comme parfaite et déjà productive d'effet une déclaration simplement émise et par le seul fait de son émission.

12. Or, il ne faut pas croire que cette distinction, ou cette graduation, soit purement théorique; car, par le seul fait de sa réalisation matérielle, ou de son émission, la déclaration, bien qu'elle ne soit pas encore rendue efficace, existe déjà en tant que phénomène juridique indépendant. Elle a, de par la volonté de son auteur, une valeur juridique reconnue et acceptée par le droit; en ce sens que, si celui qui l'a créée meurt ou devient incapable, avant même la perfection, ou l'achèvement définitif, de l'acte de déclaration, la volonté émise subsiste et n'est pas révoquée par le fait même. Son auteur s'en est dessaisi, en tant que volonté désormais incarnée en acte; et cet acte existe indépendamment de la personnalité de son auteur. Il vaut comme valeur juridique créée par celui de qui la déclaration émane; et cette valeur juridique subsiste en dehors de celui qui l'a créée. Il suffira que les conditions mises par la loi à son efficacité se trouvent remplies, même après le décès ou l'incapacité survenue du déclarant, pour que la déclaration soit désormais parfaite et produise ses effets.

13. Mais pour qu'il en soit ainsi il faut que l'émission soit achevée, c'est-à-dire que la déclaration soit réalisée dans sa matérialité, en tant qu'il s'agit des éléments qui dépendent de son auteur et de la part de réalisation matérielle qui lui revient. Le décès ou l'incapacité survenus avant cet achèvement de l'émission proprement dite empêcheraient cette dernière de se réaliser; et, par suite, l'acte final, qui est la perfection ou l'efficacité de la déclaration, serait *a fortiori* rendu impossible. L'émission marque le moment où la déclaration prend une valeur juridique indépendante de la personnalité de son auteur, de telle sorte qu'elle subsiste même lorsque cette personnalité vient à dispa-

raître; et la perfection définitive donnée à la déclaration marque celui où cette déclaration déjà existante, comme création de volonté, prend son efficacité et devient génératrice d'effets juridiques.

§ 2.

14. Il importe donc de préciser les éléments constitutifs de l'émission, au même titre que ceux destinés à caractériser la réception, puisqu'à chacun de ces stades d'exécution correspondent des effets juridiques définis par la loi.

En tant qu'il s'agit de déclarations faites à partie, et l'on sait ce qu'il faut entendre par là, et encore de déclarations considérées comme expresses, on peut dire, en général, pour ce qui est de l'émission, qu'elle est réalisée dès que l'expéditeur a mis en œuvre le procédé de transmission choisi par lui, en se dessaisissant de la déclaration, pour la remettre aux agents individuels, administratifs, ou mécaniques, qui doivent la faire parvenir. Il faut donc que son œuvre matérielle, à lui, soit achevée et que ce qui reste à faire, pour compléter la matérialité de la déclaration et assurer sa réception, ne soit plus l'œuvre de l'expéditeur. Lorsqu'il en sera ainsi, il y aura émission provenant de lui, c'est-à-dire création d'une volonté juridiquement manifestée, et incarnée sous une forme matérielle, destinée à la faire parvenir à la connaissance de l'intéressé; et il en sera ainsi alors même que la transmission mécanique de la formule n'aurait pas été commencée. Ainsi le texte de la dépêche est envoyé au bureau télégraphique, et le signataire de la dépêche meurt avant que celle-ci ait été transmise; il y avait déjà eu dessaisissement et émission de la part du déclarant. Sa volonté juridique existait en dehors de lui et était devenue indépendante de sa personnalité.

Pour une lettre, il ne suffirait pas, bien entendu, qu'elle eût été écrite et cachetée; car l'expéditeur a encore à exécuter un acte qui rentre parmi ceux qui lui incombent, son rôle n'est pas achevé. Il faut qu'il se dessaisisse de la lettre et la remette à l'agent de transmission; ce qui aura lieu dès qu'elle sera à la poste, ou même dès qu'il l'aura confiée à quelqu'un pour l'y mettre. On a contesté cette dernière solution, dans la théorie de l'émission, lorsque celle-ci était envisagée comme mode de perfection du contrat, parce que cette remise de la lettre ne consommait pas encore l'irrévocabilité de l'acceptation, l'expéditeur pouvant rappeler celui à qui la lettre avait été confiée. Le point de vue n'est plus le même lorsque l'émission est envisagée,

non plus au point de vue de la perfection d'un contrat, ni même de la perfection définitive d'une déclaration unilatérale, mais comme fait constitutif d'une volonté voulue par son auteur comme indépendante de sa personnalité : il suffit qu'elle ait pris, par son fait intentionnel et conscient, une existence et une forme indépendantes. De même en serait-il s'il s'agissait d'un message oral ou écrit confié à un intermédiaire; dès que l'ordre de départ est définitif, la déclaration existe, en tant que constituant une valeur juridique indépendante. Planck semble vouloir que le message soit déjà parti (Pl. § 130-5). Il paraîtra plus juste de dire, non pas que la déclaration doive lui avoir été confiée, mais qu'elle doit avoir été expédiée, en ce sens que l'expéditeur doive avoir accompli le dernier acte qui lui incombe pour que le procédé de transmission soit mis en œuvre; et ce moment se place lorsque l'ordre de départ est définitif. Si donc l'expéditeur meurt avant le départ et que le message parte encore, la réception pourra valablement se produire. Mais, bien entendu, à supposer une offre de contrat dont le destinataire aurait eu connaissance par ailleurs, celui-ci ne pourrait pas valablement l'accepter avant le départ du messager, puisqu'elle doit lui parvenir par le procédé choisi et voulu par son auteur. Du moment que le messager n'exécute plus sa mission, il n'y a plus besoin d'une révocation expresse de la part des héritiers, révocation conforme à celle prévue par l'art. 130.

15. La question reste la même lorsqu'il s'agit d'offres à personne indéterminée, bien que le destinataire ne soit pas spécialisé; ce sont encore des déclarations impliquant qu'elles s'adressent à une catégorie d'intéressés. Si la question peut être douteuse pour les déclarations unilatérales obligatoires par elles-mêmes, comme la promesse de récompense et la souscription d'un titre au porteur (art. 657 et suiv., art. 793 et suiv.), lesquelles n'impliquent pas acceptation, il ne saurait guère y avoir d'hésitation pour les offres, même à personne indéterminée, faites par voie d'annonce au public, dans un journal par exemple, ou par voie d'étalage, au besoin par voie de distributeur automatique, du moment qu'elles appellent une acceptation pour produire le lien obligatoire qu'elles ont pour objet. Ce ne sont pas de pures manifestations de volonté; ce sont des manifestations de volonté qui, par suite du procédé de manifestation employé, sont dirigées vers ceux qu'elles intéressent; donc, elles sont encore adressées aux intéressés, et peu importe que ceux-ci soient inconnus de l'auteur de l'offre. C'est donc bien la preuve que la caractéristique

de la déclaration adressée à partie n'est pas la spécialisation de celui à qui elle s'adresse; une déclaration à partie indéterminée peut, tout aussi bien, être une déclaration à partie, c'est-à-dire une déclaration que l'on dirige vers celui ou ceux qu'elle vise; elle peut rentrer dans la catégorie des déclarations s'adressant à quelqu'un, au sens de l'art. 130. L'indétermination du destinataire n'est pas, en soi, une clause d'exclusion, ou d'incompatibilité, en ce qui touche la classification dans cette première branche de la distinction admise par le Code civil. On concevrait, toutefois, en ce qui touche ces déclarations à destinataire indéterminé, qu'elles soulevassent quelques difficultés au sujet de la réception, puisque, par définition (art. 130), elles doivent être susceptibles de réception, et que c'est à leur égard que l'on pourrait poser la question, annoncée plus haut, de savoir si, par leur nature même, elles n'impliqueraient pas que la réception ne pût se faire que par la perception de la déclaration. Mais quant à l'émission, on ne voit pas en quoi les règles de cette dernière différeraient de celles qui caractérisent l'émission de la déclaration, lorsqu'elle s'adresse à un destinataire déterminé. Elle est réalisée dès que l'auteur de la déclaration s'est dessaisi de sa volonté pour la soumettre aux procédés de transmission publique qui doivent la porter à la connaissance des intéressés; aussi n'y aurait-il pas lieu d'attendre, s'il s'agit de prospectus ou d'annonces dans un journal, que le prospectus soit distribué ou que le journal ait paru; la remise à l'impression suffirait. Et, si l'auteur de l'offre meurt à ce moment, et avant que la publicité soit acquise, sa déclaration ne sera pas pour cela révoquée de plein droit, sauf à ses héritiers la faculté de la révoquer.

16. On vient de voir que l'effet de l'émission était de rendre la déclaration indépendante de la personnalité de son auteur, en ce sens qu'elle puisse encore devenir productive d'effets juridiques, si les conditions exigées pour son efficacité viennent à se réaliser. Il s'ensuit donc qu'une offre une fois émise, et dont l'auteur vienne à mourir avant qu'elle soit parvenue à destination, garde sa valeur juridique et produit ses effets par la réception. Cela ne veut pas dire, s'agissant d'offre de contrat, qu'elle puisse toujours être valablement acceptée; car il ne faut pas confondre la permanence de l'offre avec la perfection du contrat. On verra qu'en principe, également (art. 153), le contrat peut encore se former, donc l'acceptation valablement intervenir, après le décès de l'auteur de l'offre : mais il n'en est ainsi, dit l'art. 153, que si ce dernier n'a pas voulu qu'il en fût autrement. Donc la possibilité

d'accepter, même après décès du pollicitant, dépend de la volonté de celui-ci; et, en principe, on présume qu'il a voulu qu'il en fût ainsi. Mais, pour établir qu'il a exclu cette possibilité, on n'exige pas une déclaration expresse dans l'offre elle-même; il suffit d'une présomption tirée des circonstances (art. 153). Aussi a-t-on pu se demander si, même en ce qui concerne la permanence de la déclaration, cette exclusion éventuelle, pour le cas de décès ou d'incapacité, restait à la disposition de l'auteur de la déclaration, et si, par conséquent, par sa volonté expresse ou présumée, il pourrait écarter l'application de la disposition de l'art. 130 relative à la survenance du décès ou de l'incapacité.

17. L'art. 130 ne contient plus la même réserve que l'art. 153, et l'on a pu considérer que la question de réalisation de la déclaration était une question de fait indépendante de la volonté; la déclaration a été émise, ou elle ne l'a pas été. On ne pourrait pas concevoir que son auteur l'émette sous la réserve qu'elle fût considérée comme non émise, si tels événements surviennent; donc la permanence juridique de la déclaration, indépendamment de la disparition de la personnalité de son auteur, serait une constatation de fait sur laquelle la volonté n'aurait pas de prise (cf. Pl. § 130 V). Si l'on entend cela de la permanence de la déclaration, la chose peut se comprendre; mais si l'on veut dire par là que la déclaration, ainsi subsistante, devra toujours produire ses effets par le seul fait de la réception, même postérieure au décès, la question est beaucoup plus complexe; car elle dépend du point de savoir si les effets juridiques, qui sont le but final de la déclaration, peuvent être soumis à une condition par la volonté du déclarant. C'est ainsi que, dans un contrat, le premier effet de l'offre, qui est de toucher celui à qui elle s'adresse, ne peut être subordonné à une condition; mais son effet final, qui est de former un contrat, peut être conditionné par le pollicitant (art. 153). Il s'agirait donc de savoir si, pour ce qui est des actes juridiques unilatéraux, congés, résiliations, options, déclarations d'annulabilité, ces actes peuvent être conditionnels ou non. S'ils peuvent l'être, et en tout cas pour ceux qui peuvent l'être, ce qui serait le cas, à coup sûr, d'une promesse de récompense, par exemple, on ne voit pas pourquoi l'effet final de la déclaration ne pourrait être subordonné à la survie de l'auteur de la déclaration, sous réserve, pour ce qui est de cette dernière application, du point de savoir ce qu'il faudrait entendre, en pareil cas, par émission et réception. Mais il suffisait ici de poser le principe. C'est à cause de ces complexités, et peut être aussi à raison des diversités de solutions que

la question aurait pu recevoir, suivant les différents actes en cause, que l'art. 130 ne réserve pas la possibilité d'une déclaration contraire, en ce qui touche la survivance de la déclaration au décès. Un amendement, proposé en ce sens, fut admis, quant au principe, mais renvoyé à la commission de rédaction, qui ne crut pas devoir en tenir compte (*Pr.*, I, p. 70); ce qui prouve, à la fois, l'exactitude du principe qui vient d'être posé, et celle des exceptions qu'il comporte.

18. Seulement, dans le cas où l'on croirait devoir admettre la possibilité d'une condition de révocabilité par le fait du décès, il ne faut pas oublier qu'il s'agirait là d'une révocation de plein droit, en vertu d'un acte de volonté de l'auteur de la déclaration, lequel serait censé avoir prévu et imposé ce cas de révocation : or, on ne voit pas pourquoi *à priori* il opérerait différemment que dans les hypothèses de révocation expresse. Dans ces dernières, d'après l'art. 130, bien que la déclaration ne devienne parfaite que par la réception, et que jusque-là la volonté ainsi émise reste à la disposition de son auteur, si celui-ci la révoque avant réception, cette révocation ne sera opposable au destinataire que s'il en a communication, communication par voie de réception, bien entendu, et sans exiger davantage la prise de connaissance, avant la réception de la déclaration, ou tout au moins au même moment. Il s'agirait donc de savoir si, au cas de révocation de plein droit, il ne faudrait pas exiger, pour son efficacité, qu'elle fût annoncée au destinataire, de telle sorte qu'il en reçût notification avant réception de la déclaration. Car la théorie sur laquelle repose l'art. 130, en ce qui touche l'effet de la révocation, est que la volonté, une fois émise, est devenue une création juridique qui n'appartient plus, d'une façon complète et absolue, à celui de qui elle émane. C'est une valeur déjà en circulation, laquelle a été créée au profit d'un tiers; et celui-ci a droit à cette valeur, ou tout au moins il a droit de n'être pas trompé sur son existence et sa validité. La volonté incarnée sous une forme juridique vaut, pour les tiers à qui on l'adresse, comme valable sous cette forme, et comme ayant une existence propre, qu'on ne puisse lui enlever à l'insu des intéressés. C'est ainsi que l'art. 130 admet qu'une volonté même révoquée, et n'ayant plus par conséquent d'existence réelle, vaut encore à l'égard du destinataire comme ayant une existence juridique (cf. art. 170) : ce qui est vrai à l'égard de la révocation par acte de volonté ne doit-il pas s'appliquer à la révocation de plein droit? Il y a à cela, sans doute, une objection très sérieuse; c'est que la révocation par acte de volonté est, elle-même,

une déclaration de volonté, soumise à l'application de l'art. 130, c'est-à-dire qui ne prend existence que par la réception : donc, même pour celui qui révoque sa déclaration antérieure, il y a lieu d'admettre que cette révocation ne doit être considérée comme prenant existence, et comme prenant date, que par sa réception. Si donc celle-ci se place après réception de la première déclaration, la révocation arrive trop tard : la déclaration est devenue définitive. Ce raisonnement ne s'applique plus au cas de décès ou d'incapacité survenus après coup : ce sont là de purs faits, non des déclarations, et encore moins des déclarations s'adressant à l'intéressé, les seules visées cependant par l'art. 130, et les seules soumises à l'application de la théorie de la réception.

19. Ce seraient là, il faut bien le dire, des façons de raisonner purement syllogistiques; et l'on arriverait ainsi à perdre de vue le but foncier de la loi, qui a été, dans la disposition de l'art. 130, relative à la révocation, non pas de consacrer une combinaison de raisonnements abstraits, mais de garantir l'intérêt du tiers destinataire contre une révocation ignorée de lui. C'est l'application de l'idée que la parole oblige; elle oblige, tant qu'une parole contraire ne vient pas la détruire, avant qu'elle ait produit ses effets de droit. Donc, cette obligation à la parole donnée, qui pèse sur celui de qui elle émane, passe à ses héritiers et les lie comme lui. Il faut, par suite, pour que la déclaration émise vaille comme révoquée, que notification de cette révocation soit reçue à temps par l'intéressé. Du moins, peut-on le soutenir. La question reste soumise à controverse; controverse, d'abord, sur le point de savoir si certaines déclarations unilatérales peuvent être révoquées par le décès survenu antérieurement à leur réception; et controverse subsidiaire, ce premier point admis, et qui serait de savoir, dans ce cas, si une révocation est réalisée de plein droit, ou si elle exige notification reçue dans les conditions de l'art. 130.

§ 3

20. Pour ce qui est de la réception, les principes généraux ont déjà été indiqués. Il faut que la déclaration parvienne au destinaire dans les conditions normales où, suivant les usages courants, combinés avec ses usages personnels, dans la mesure où ceux-ci ont pu être connus de l'expéditeur, cette déclaration devait être portée à sa connaissance; et il faut ajouter, comme le fait Hölder (p. 291), qu'elle doive lui parvenir par le procédé voulu par l'expéditeur. Ainsi, qu'une lettre cachetée soit confiée à un messager

qui la perde en route, si ce dernier, grâce à la transparence du papier, avait lu le contenu du message et qu'il rapporte au destinataire les termes mêmes de la déclaration, il n'y a pas arrivée à destination de la déclaration, il n'y a pas réception; car cette arrivée à destination ne se fait pas par le moyen voulu de l'expéditeur. Il n'en serait plus de même si le message avait été remis sous la forme d'une lettre ouverte dont l'intermédiaire dût prendre connaissance (Hölder, p. 288), une carte postale, par exemple.

Enfin, on sait déjà que les conditions juridiques d'acquisition de la possession sont ici hors de cause; et Hölder (p. 291) montre fort bien, par une suite d'exemples intéressants, que l'application des règles qui s'y rapportent serait à la fois ou excessive ou insuffisante. Ce sont là des questions de fait, soustraites au domaine de la possession juridique : il ne s'agit pas de savoir si le destinataire serait dans les conditions prévues par la loi pour avoir acquis la possession de l'objet matériel qui renferme la déclaration, mais s'il se trouve en fait dans les conditions où il aurait dû, conformément aux usages et aux prévisions de l'expéditeur, prendre connaissance du contenu de la déclaration. C'est ainsi que, s'il avait une boîte personnelle pour son courrier dont la levée ne se fît qu'à certaines heures connues de l'expéditeur, on peut considérer que le moment de la réception, c'est-à-dire le moment où, pour l'expéditeur, la lettre doit être tenue pour arrivée à destination, est reculé jusqu'à l'heure de la levée. Mais notons qu'il s'agit ici des usages personnels quant à la réception, usages connus de l'expéditeur, et non des possibilités personnelles du destinataire, relativement à la prise de connaissance de la déclaration. A plus forte raison, puisqu'on tient compte uniquement de l'arrivée à destination, et non de la perception, la déclaration serait-elle parfaite, dès qu'elle est parvenue, en dépit du refus du destinataire d'en prendre connaissance; ce qui est fort important, on l'a déjà vu, en ce qui touche les actes juridiques unilatéraux, congés, déclarations d'annulabilité, résiliations, et autres de ce genre.

21. Et c'est alors, sur ce point particulier, qu'il peut se présenter tels ou tels modes de déclaration qui, par leur nature, dussent impliquer, pour qu'il y eût réception véritable, la nécessité d'une perception proprement dite par le destinataire. Planck le remarquait déjà pour ce qui est des transmissions orales par voie d'intermédiaire. Le messager qui est chargé de porter une déclaration à un tiers ne peut s'acquitter de sa mission qu'en la

lui communiquant, ce qui équivaut pour le destinataire à un acte de perception (Pl., § 130-3). Peut-être pourrait-on croire cependant que sur ce point l'affirmation de Planck fût quelque peu absolue; car on comprendrait très bien, si le messager ne trouve pas le destinataire à son domicile, et qu'il lui laissât par écrit la déclaration qu'il était chargé de lui communiquer, — et ce procédé s'impose si le destinataire se refuse à la recevoir, — que ce mode de transmission suffît à valoir réception, suivant les cas et circonstances tout au moins. Quoi qu'il en soit, il y a donc des modes de déclaration pour lesquels, en raison, non d'une théorie préconçue, mais de leur nature propre, le système de la réception ne se conçoit guère que comme s'identifiant avec la communication directe et la prise de connaissance par le destinataire. Et c'est ainsi que la question se trouve ramenée vers les offres à personne indéterminée, dont il a déjà été parlé, comme par exemple les annonces dans les journaux ou les offres à l'étalage. Pour commencer par ces dernières, il est bien certain qu'on ne voit pas, s'agissant de tiers indéterminés que le mode de communication ne va pas trouver chez eux, mais qui doivent venir en quelque sorte en prendre connaissance, comment on pourrait séparer cette dernière de la réception elle-même : réception équivaut à perception. Et alors, sans doute, le contrat n'est pas formé par le fait seul qu'un passant voit le prix marqué en montre, puisqu'il faut qu'il ait à donner son acceptation et à conclure le contrat. Mais, d'après l'art. 130, il semble bien que l'offre doive être déjà irrévocable par la perception qui en aurait été réalisée. En ce qui touche les prospectus que l'on fait distribuer, la distinction entre réception et perception se comprend, au contraire, très bien d'après les règles générales qui ont été exposées; et il pourrait paraître que le problème ne se compliquât un peu que pour les offres et annonces faites par la voie des journaux, puisqu'on pourrait encore distinguer le fait d'acheter le journal, ou de le recevoir, de celui de le lire. Mais, en dépit de ces apparences et de ces distinctions possibles, peut-être serait-il plus conforme à la pratique de considérer que toutes les fois qu'une déclaration est faite à personne indéterminée, encore qu'elle soit de celles qui s'adressent à quelqu'un, ce quelqu'un fût-il incertain, l'auteur de la déclaration n'ayant eu en vue personne pris en particulier, et ne pouvant employer aucun procédé de transmission qui, à sa connaissance tout au moins, ait pour effet d'aller porter la déclaration à ceux qu'elle vise, il n'a compté que sur la prise de connaissance pour permettre aux inté-

ressés d'entrer en communication avec la déclaration elle-même; de telle sorte que la perception deviendrait le seul mode destiné à parfaire la déclaration. Et encore, s'il s'agit d'offres de contrat, il y a toujours à se demander si celui qui a fait l'offre n'a pas entendu se réserver, d'après les usages du commerce, le droit d'agréer ceux qui se présenteraient pour contracter, donc de refuser l'acceptation, même après perception et l'offre. Ce n'est là, d'ailleurs, qu'une faculté à déduire de la nature du contrat et des usages en cours, laquelle ne saurait, comme principe de droit commun, détruire la règle que, s'agissant de tiers indéterminés, la déclaration devient encore irrévocable par la perception. Mais que cette dernière, dans tous les cas, soit nécessaire pour la réception, c'est une question tout au moins qui peut être discutée.

22. Peut-être est-ce le lieu de se demander à cette occasion quelle influence va exercer sur l'application de l'art. 130, et des théories relatives à la réception, la règle de l'art. 193, inspirée par le désir, des plus recommandables, de faire respecter le repos du dimanche. Il y est dit que, si le jour où une déclaration doit être adressée, — car il n'y a pas à parler ici de la question de paiement et d'exécution d'une prestation dont s'occupe également l'art. 193. — tombe un dimanche ou un jour férié, ou enfin si cette déclaration doit être donnée avant un délai déterminé, et que l'expiration de ce délai tombe un dimanche ou un jour férié, il y aura lieu de substituer au jour de l'échéance le premier jour ouvrable qui suivra. Les différents projets n'avaient posé cette règle que pour l'exécution des obligations (cf. art. 228 P³ et art. 265 P⁴); déjà devant la seconde commission, on avait demandé qu'elle fût étendue aux déclarations, et l'on s'y était toujours refusé (*Pr.* 192). C'est la commission du Reichstag qui imposa cette généralisation, tout en spécifiant, du reste, qu'il n'y avait là qu'une règle interprétative de volonté, et non une disposition légale obligatoire (*R. Ber.* 30-31). Il est certain, en effet, que l'application de cette prescription surtout en matière de déclarations, ne va pas sans difficultés (*Pr.* et *R. Ber*, *loc. cit.*). Celles-ci ont paru devoir se présenter presque exclusivement lorsqu'il s'agit d'un délai se terminant un dimanche (Pl., § 193); mais déjà, au cas de déclaration à jour fixe, si ce dernier se trouve être un jour férié, bien des questions vont surgir (Höld., § 193).

23. Il faut supposer, bien entendu, que cette désignation d'un jour à date fixe n'implique pas renonciation à la règle de l'art. 193, puisque celle-ci est purement interprétative; et ce serait le cas si l'on avait sciemment désigné le dimanche. Ce serait le

cas également pour toutes les affaires à jour fixe, qui, dans l'intention des parties, ne peuvent interveuir qu'à une date déterminée. Il faut donc admettre que la date ait été fixée, sans qu'il y ait impossibilité, dans l'esprit des parties, d'en remettre l'échéance au lendemain. Ceci posé, il est certain qu'on a voulu éviter aux parties une démarche quelconque qui fût à faire un jour férié; et il semble bien que cela doive s'appliquer à celui qui reçoit la déclaration comme à celui qui la fait. Il n'y aura donc aucune difficulté si cette dernière est faite entre présents; mais si l'on suppose qu'elle ait lieu entre absents, on peut se demander quelle est la démarche que la loi ait voulu exactement éviter aux parties. Si l'on se place au point de vue de l'expéditeur, ce sera assurément celle de l'envoi; mais si l'on se place au point de vue du destinataire, peut-on et doit-on lui imposer la réception un dimanche ou tout autre jour férié? Il paraît assez vraisemblable qu'on n'a guère eu en vue que celui à qui incombe l'obligation de faire la déclaration. On n'a pas voulu qu'il fût obligé d'aller à la poste ou au télégraphe le dimanche, et à plus forte raison a-t-on voulu le dispenser d'une démarche personnelle ce jour-là. D'ailleurs le texte, pris littéralement, parle d'une déclaration à émettre à jour fixe. Ce que l'on a en vue c'est, tout d'abord, l'émission de la déclaration.

Cependant, en général, lorsqu'on fixe un jour pour faire une déclaration, ce que l'on veut en principe, c'est que la déclaration parvienne au jour fixé. Si donc ce jour est un dimanche, la question ne se posera plus pour l'expéditeur puisque c'est le samedi que la démarche lui incomberait; mais la règle de l'art. 193 n'est-elle pas faite également pour le destinataire, de telle sorte qu'on ne puisse l'obliger à être là le dimanche pour recevoir les déclarations qui le concernent? Dans ce cas, le jour de la réception se trouverait remis au lundi. Et, s'il en est ainsi, cette prolongation est-elle comprise dans la règle légale de l'art. 193, de telle sorte que les deux parties puissent s'en prévaloir; ou dépend-elle uniquement de la volonté pure et simple du destinataire, qui peut se refuser, à son gré, à recevoir une déclaration le dimanche, mais qui a droit cependant d'exiger que l'échéance soit respectée, du moment qu'il ne s'agit d'aucune démarche à imposer à l'autre partie un dimanche ou un jour férié? La question peut avoir grande importance, car si la réception est légalement remise au lundi, l'expéditeur a, de ce chef, un jour de plus pour l'envoi de sa déclaration; et à supposer qu'il l'eût expédiée de façon à ce qu'elle arrivât le dimanche, il a un jour de plus plus pour sa révocation, puisque la révocation est possible jus-

qu'à la réception, et que celle-ci, légalement, n'aurait lieu que le lundi. Au contraire, le destinataire en prenant possession de la déclaration le dimanche mettrait fin à la révocabilité.

24. Il semble assez probable qu'on ait voulu avant tout éviter à l'expéditeur l'obligation de faire une démarche un dimanche; et quant au destinataire, il doit dépendre de lui de consentir ou non à prendre possession de la déclaration, à supposer qu'elle lui parvienne le dimanche. En principe, la réception sera censée n'avoir pas eu lieu le dimanche, puisqu'il ne peut être obligé à prendre connaissance ce jour-là de la déclaration; et, par suite, l'expéditeur pourrait différer d'un jour son envoi. Mais, si l'expédition a été faite de telle sorte qu'elle arrive le dimanche, et que le destinataire prouve en avoir pris connaissance, cette perception est valable et met fin au droit de révocation.

25. Il est vrai qu'au lieu d'une lettre, l'expéditeur aurait pu employer un procédé de transmission plus rapide, tel que le télégraphe; et, dans ce cas, il lui eût suffi d'envoyer sa déclaration le jour même fixé pour la réception. Or, on ne peut l'obliger à prendre l'un des procédés plutôt que l'autre. Donc, il avait droit d'attendre jusqu'au dernier moment, jusqu'à celui qui pût lui permettre d'envoyer une dépêche destinée à arriver le jour de la réception; et ce jour est un dimanche. C'est la preuve que, pour ce qui est de l'expéditeur, il a droit de différer d'un jour, par cela seul que la réception dût se faire un dimanche; et alors même qu'il lui eût été possible, en écrivant une lettre, d'éviter tout déplacement le dimanche même. Mais, s'il n'a que le dimanche pour faire ce déplacement, ce qui est le cas de la plupart des ouvriers, ou encore des gens habitant la campagne, il pourra donc, au lieu du lundi, aller au télégraphe le dimanche et envoyer sa dépêche. C'est alors qu'intervient le droit pour le destinataire de refuser la réception et de la tenir pour non avenue. Mais, il paraît bien impossible, s'il consent à la recevoir, qu'il ne consomme pas par là la prise de possession et ne mette pas fin au droit de révocation.

26. Il faut ajouter que cette faculté du destinataire de s'opposer à la réception avait été l'une des plus grosses objections présentées à l'encontre de la disposition de l'art. 193, puisque cela revenait au fond à aggraver la situation des travailleurs manuels, qui n'ont souvent que leur dimanche pour les courses qui leur incombent. Mais ne faut-il pas considérer que, si l'expéditeur envoie sa dépêche, en ce qui le concerne, la réception sera valable dès le lundi; et si c'est lui-même qui fait personnellement la démarche

en vue d'une communication verbale, sans doute le destinataire peut être absent, ou se refuser à le recevoir, sans qu'il soit responsable de l'impossibilité où sera l'autre partie de lui faire sa déclaration. Mais il suffirait d'un billet que celle-ci laissât au domicile du destinataire pour que, dès le lendemain, il y eût réception acquise, d'après l'art. 130. On voit donc que l'objection n'est pas sans réplique.

27. Enfin, restaient toute une autre série de questions, relatives à la détermination même des jours qui dussent être considérés comme fériés, puisque l'art. 193 s'en remet sous ce rapport à la législation de chaque État. Si, par exemple, le jour fixé pour la réception est jour férié au domicile de l'expéditeur, et non dans l'État habité par le destinataire, il faudrait en conclure, d'après ce qui précède, que l'expéditeur peut remettre l'envoi, ou l'émission de la déclaration, au jour suivant, à condition que celui-ci ne soit pas un dimanche; mais que, s'il fait cette émission malgré le jour férié, ce dernier n'étant plus jour de fête pour celui qui la reçoit, celui-ci n'aurait plus le droit de refuser la réception. Il y aurait enfin à admettre une solution correspondante, si, renversant la teneur du problème, on supposait que ce fût le jour de la réception qui se trouvât jour férié : le destinataire pourrait se refuser à prendre possession de la déclaration; et, de cette façon, il prolongerait d'un jour le délai imparti à celui de qui elle émane, sinon pour la faire, au moins pour la révoquer. Aussi ne voit-on pas bien l'intérêt que puisse avoir celui à qui incombe la réception à la retarder d'un jour; et comme, à un autre point de vue, d'après l'art. 130, la réception s'opère indépendamment de toute intervention de sa part, et même à son insu, ne semblerait-il pas qu'il n'y eût qu'à laisser libre jeu à l'application de l'art. 130, pour que la réception se trouvât effectuée, sans autre exigence de la part du destinataire, sans aucune démarche, en tout cas, qui pût constituer pour lui une violation du repos du dimanche, et dans des conditions cependant qui dussent sauvegarder ses intérêts, puisqu'il serait mis fin par là au délai de révocabilité? Il y a cependant tel ou tel cas où il puisse être utile pour le destinataire d'avoir le droit de refuser réception et d'en ajourner au lendemain la réalisation juridique; dans les hypothèses, par exemple, où il devrait, pour sauvegarder tel ou tel droit qui lui fût accordé par la loi, faire un acte de protestation immédiat, comme au cas des art. 111 et 174; il n'y aurait plus retard fautif à sa charge, si cet acte de protestation avait été ajourné par suite du refus de prendre réception le dimanche, ou tel autre jour férié.

28. On voit donc que, par l'application même de cet art. 193, la notion de la réception, telle qu'elle dérive de l'art. 130, peut se trouver sensiblement modifiée au moins à l'apparence; et c'est par là que l'explication de cette disposition se rattachait à l'explication même de l'art. 130. En principe, en effet, la réception est acquise dès que la déclaration parvient dans des conditions qui, d'après les usages courants, auraient dû suffire pour que le destinataire eût pris connaissance de la notification qui lui est adressée. C'est ainsi qu'en général, le fait pour le destinataire d'avoir eu son courrier déposé dans sa boîte, fût-ce même en son absence, vaudrait réception. On n'exige aucune intervention de sa part, aucune prise de connaissance effective; on n'a même pas à se préoccuper de la question de savoir si, en fait, le destinataire aurait pu prendre connaissance de la déclaration. Or, d'après l'art. 193, il va en être tout autrement, lorsque le jour de réception tombe un dimanche ou tout autre jour férié. D'après une sorte de présomption légale, il y a impossibilité de prendre connaissance, ou dispense de l'obligation de recevoir les communications faites à pareil jour; de sorte que, même si le courrier est distribué ce jour-là, ce qui devrait suffire, d'après l'art. 130, on va tenir compte, au contraire, en vertu de l'art. 193, de l'impossibilité légale de prendre communication du courrier, ou du droit d'en ajourner l'ouverture, toutes considérations étrangères à l'application normale de l'art. 130, pour reculer d'un jour l'efficacité de la réception, et sa perfection définitive, laquelle s'accomplira, cette fois, dans les conditions du droit commun, c'est-à-dire en dehors de toute perception effective du destinataire.

29. Mais, en réalité, est-ce donc là une exception aux principes de l'art. 130? Et ne faudrait-il pas plutôt voir dans l'art. 193 une application des idées mêmes qui ont présidé à la conception que l'on s'est faite de la réception? C'est une observation qui ne manquera pas d'une certaine importance pratique, au point de vue de la portée même du texte, et de l'extension à donner ainsi à l'art. 193. Or, si la théorie de l'art. 130 repose sur cette idée que, sans exiger la prise de connaissance effective, on a voulu que la réception fût acquise, dès que la déclaration est remise dans des conditions telles que, d'après les usages, le destinataire aurait dû la recevoir, ne faut-il pas interpréter l'art. 193 comme une simple définition légale de ce qu'il faut admettre en fait d'usages, lorsqu'il s'agit de réception se produisant un dimanche? La loi reconnaît qu'il n'est pas d'usage de s'occuper d'affaires le dimanche, que celui à qui une déclaration s'adresse ce jour-là a droit d'être

absent normalement, ou, s'il est chez lui, a droit de ne prendre aucune connaissance effective de son courrier d'affaires, avant le jour consacré aux affaires. La conséquence en est que, d'après les usages, la réception, même s'il agit de déclaration réellement arrivée le dimanche, n'aurait pas dû se faire ce jour-là ; il faut donc, d'après l'art. 130 lui-même, en reporter la date au jour seulement où les usagers permettaient de l'effectuer. De là, ce principe général, que, toutes les fois qu'une réception de déclaration se fût réalisée en fait un dimanche, et réalisée par l'arrivée à destination, sans perception effective, cette arrivée à destination ne compte plus, à elle seule, comme réception normale, et comme réception suffisante au sens de l'art. 130 : il faudra donc, pour que la réception soit acquise, ou que le destinataire en ait effectué la perception réelle, — et de ce fait la preuve est à sa charge, — ou que l'on ajourne la réception légale au sens de l'art. 130 au moment où, d'après les usagers, cette perception aurait dû se faire, c'est-à-dire à l'heure correspondant à l'arrivée du courrier d'affaires au premier jour ouvrable qui suivra le dimanche.

30. C'est ainsi que la voie va être singulièremement facilitée pour l'examen du problème analogue qui se pose au sujet de la seconde hypothèse prévue par l'art. **193**, celle d'un délai dont le jour final se trouverait être le dimanche ou un jour férié ; le délai dans ce cas, est prolongé d'un jour, il pourrait même l'être de deux s'il y avait deux jours fériés successifs, comme dans les pays où l'on fit des lundis de Pâques ou de Pentecôte un jour de fête légale. Cette disposition, prise dans l'intérêt surtout des travailleurs, avait pu paraître aller parfois contre son but, puisque, par exemple, au cas de congé ou de résiliation de contrat, le patron, à supposer qu'il dût signifier le renvoi dans un délai donné, lequel expirât le dimanche, pourrait remettre au lundi, c'est-à-dire à un jour où les ouvriers n'ont plus le loisir nécessaire pour chercher un emploi, alors que le dimanche leur eût permis de faire ces démarches, et qu'il y aurait ainsi, pour eux, et à cet égard, comme une semaine perdue. Mais l'objection ne porte plus en présence de l'art. 629 du Code civil; il n'y a donc pas lieu de dire que la disposition de l'art. 193 aggrave la situation des travailleues, alors qu'elle est faite surtout, lorsque c'est à eux que la déclaration incombe, pour alléger leur situation.

31. Toutefois, si l'objection a été reprise en sens opposé, lorsque l'expiration du délai a lieu le dimanche, seul jour où les ouvriers aient la possibilité de s'occuper de leurs affaires privées. Si l'on admet, conformément aux solutions indiquées pour le cas

d'échéance à jour fixe, que le destinataire, et ce pourrait être ici le patron auquel l'ouvrier voulût donner congé, a droit de refuser la réception, ne va-t-on pas aggraver singulièrement la situation de l'ouvrier; d'autant qu'en pareil cas, la rupture du contrat venant de lui, l'application de l'art. 629 serait loin d'être assurée? Aussi, a-t-on pu incliner parfois à croire que, s'agissant d'un délai à échéance fixe, et non plus d'un jour fixe, l'expéditeur de la déclaration pourrait bien sans doute invoquer le bénéfice de l'art. 193, mais que, s'il fait lui-même sa déclaration à l'échéance, fût-ce un dimanche, le destinataire n'aurait plus le droit de la refuser (cf. Pl. § 193). Il semblerait, en effet, d'après le texte lui-même qu'on ne prît en considération le jour férié qu'au lieu de la déclaration. On pourrait croire, par suite, contrairement à ce qui, logiquement, avait pu paraître devoir être admis (*suprà*, n° 27), que l'on ne s'occupât que, relativement au lieu d'où la déclaration est émise, du point de savoir si le jour où elle doit l'être, en prenant le dernier terme du délai et en supposant le moyen de transmission le plus rapide, est ou non jour de fête légale. On exclurait les mêmes considérations en ce qui touche le pays du destinataire; ce serait donc la preuve que la loi ne cherche pas à lui éviter les démarches de la réception, lorsqu'elles dussent se placer à ce qui serait pour lui un jour de fête. On s'en tiendrait, à son égard, à l'interprétation stricte de l'art. 130; le fait de l'arrivée à destination suffirait à valoir réception.

32. Cette opinion semblerait s'appuyer en outre sur une autre solution admise au sujet de l'application de l'art. 193. C'est qu'en effet, à supposer que ce texte voulût dispenser le destinataire lui-même de toute obligation de réception, lorsque le dimanche est le dernier jour du terme et que la déclaration lui arrive à ce jour final, aucune dispense de ce genre n'est admise pour les autres jours fériés qui vinssent à écheoir au cours du délai. Sans doute, l'expéditeur pourra toujours, en ce qui concerne ces fêtes légales arrivant au cours du délai, se ménager sa liberté personnelle, puisqu'il a, pour les démarches qui lui incombent, un délai qui, par hypothèse, se prolonge au delà de ces jours de repos. Mais, s'il ne profite pas de la faculté qui lui appartient de remettre l'envoi de sa déclaration, ou de remettre la démarche personnelle d'une communication directe, il n'est plus dit, d'après le texte, que cette démarche, ainsi faite au cours du délai et non à l'échéance, bien qu'elle intervienne un jour de fête, puisse être tenue pour non avenue et que le destinataire ait le droit de refuser réception. Dès lors, si ce droit lui est dénié pour les dimanches

intermédiaires, pourquoi ce droit lui serait-il accordé le dimanche final, s'il se trouve coïncider avec l'échéance? Serait-ce donc pour punir en quelque sorte l'autre partie d'avoir attendu l'expiration du terme? Mais, c'est son droit strict; et, d'autre part, ce refus se comprendrait beaucoup mieux au cours du délai, lorsque l'expéditeur a tous les jours ouvrables à sa disposition. On répond, il est vrai, que, dans ce cas, le délai tout entier appartient à celui à qui incombe la charge de la déclaration, et qu'on ne peut lui faire un grief d'avoir devancé le terme s'il a choisi le seul jour qui était à sa disposition; le choix du jour est en sa faveur.

33. Mais, précisément, cette objection, tirée du défaut d'harmonie entre les solutions de l'art. 193, suivant que le dimanche tombe au cours du délai ou à la fin, se trouve réfutée par avance, si l'on admet, comme on l'a vu (n° 29), que l'inefficacité de la réception arrivée le dimanche ne soit qu'une application très logique des principes de l'art. 130 lui-même; de telle sorte que l'on doive en accepter la généralisation chaque fois que l'arrivée à destination, effectivement, se fasse un dimanche : la présomption légale de possibilité de perception réelle qui constitue la base de l'art. 130 se trouve écartée, et ajournée au lundi; il n'y a de réception valable le dimanche que celle qui s'effectue par la perception réelle.

34. Quant aux inductions que l'on voudrait tirer de la considération du lieu de la déclaration, comme il est dit au texte, elles se trouvent fortement atténuées, par le seul fait que la loi ne définit pas ce lieu de déclaration et que rien n'indique que ce soit celui de l'émission plutôt que de la réception. Peut-être même devrait-on donner la préférence à ce dernier, si l'on remarque l'assimilation faite dans le texte avec le lieu d'exécution, lequel ne saurait être que celui où l'exécution doit être faite, et non celui d'où part l'envoi de la prestation. Reste alors la généralité du texte, qui, dans tous les cas et pour toutes les hypothèses, dit que, si une déclaration doit être donnée un dimanche, le premier jour ouvrable se trouve être substitué au dimanche, et ceci s'applique même si le dimanche est le dernier jour du terme. Or, rien ne prouve que le destinataire n'ait pas le droit d'invoquer cette disposition, aussi bien que l'expéditeur.

Et, d'ailleurs, les objections que l'on déduit de considérations personnelles aux travailleurs manuels ont été fort exagérées, puisqu'il suffira à celui qui a une déclaration à adresser, au lieu de faire une démarche personnelle susceptible d'être rendue inutile

par l'absence, jugée normale, du destinataire, de profiter de son dimanche pour écrire une lettre qui arrivera à temps, le délai ayant été prolongé d'un jour dans son propre intérêt. Et, si lui-même fait une démarche personnelle, dans l'ignorance où il se trouve du droit appartenant à l'autre partie de refuser réception, il peut toujours laisser au domicile de cette dernière notification de sa démarche, avec indication de la déclaration qu'il venait lui faire : ce procédé vaudra réception à partir du lendemain. Si même il veut garder une preuve de sa démarche, il peut s'entourer de témoins ou faire remettre sa déclaration, dès le lendemain, par quelqu'un ayant qualité pour attester la remise effectuée par lui. Ce ne sont pas les procédés qui puissent faire défaut; et, partant, on ne voit pas pourquoi l'on refuserait à l'une des parties un bénéfice accordé à l'autre. Cette solution importe d'autant plus que si l'ouvrier se trouvait être, à son tour, le destinataire de la déclaration, il aurait profit à se prévaloir de la faculté qui lui est donnée de refuser à son gré la déclaration, s'agissant d'un dimanche, et de ne la recevoir que s'il veut en prendre réellement connaissance ce jour-là.

35. Il va de soi que ce bénéfice de prolongation du terme s'appliquerait aux délais légaux comme à ceux fixés par les parties, ce serait le cas, par exemple, des délais d'annulabilité des art. 121 et 124; et, en particulier, pour ce qui est du premier, l'annulation devant être immédiate, il n'y aurait plus retard imputable à faute, si l'ayant-droit n'eût différé sa déclaration d'annulation que parce qu'ayant découvert l'erreur un dimanche il a voulu remettre au lendemain, sa résolution d'annuler étant prise, l'exécution lui incombant de ce chef.

36. Telles sont les modifications purement apparentes que la disposition de l'art. 193 apporte à la théorie de la réception, telle qu'elle dérive de l'art. 130. Il importait de bien préciser, soit les questions que la combinaison de ces deux textes pût soulever, soit les procédés de solution qui fussent de nature à résoudre au mieux des principes, et des exigences également de la pratique, toutes les difficultés qui se présentent.

37. Resterait à se demander si la réception peut encore être valablement réalisée après la mort de celui à qui la déclaration était adressée, et si, par conséquent, elle doit pouvoir s'opérer à l'égard de ses héritiers; cela reviendrait à savoir si la déclaration est transmissible au point de vue passif, comme elle l'est, d'après l'art. 130, au point de vue actif. Le premier projet (art. 89 P[1]) avait prévu la question pour les offres de contrat, et non d'une

façon générale pour les déclarations unilatérales : pour ce qui est de ces dernières, l'art. 74 P[1] ne s'occupait que de la transmissibilité active. Et encore, en ce qui touche les offres de contrat, le nouvel art. 153 ne parle plus du décès de celui auquel l'offre était adressée; non pas, comme on le verra sur l'art 153 (cf., *Pr.*, p. 87), qu'on ait voulu laisser entendre par cette suppression que l'offre tomberait forcément par le décès de son destinataire. Mais on a pensé qu'il ne convenait pas de poser à cet égard une présomption légale de maintien de l'offre. C'est à l'intéressé à faire sa preuve. On reconnaît donc que c'est une question de volonté et qu'il n'est pas impossible que l'auteur de l'offre ait voulu qu'elle passât aux héritiers. Devrait-on admettre le même principe en matière de déclarations unilatérales, en dépit du silence du premier projet, silence certainement voulu si l'on compare l'art. 74 P[1] et l'art. 89 P[1]? Il y a sur tous ces points une telle corrélation entre la survenance du décès et celle de l'incapacité que cette question sera plus utilement traitée sur l'art. 131 (cf. not. sur art. 131).

§ 3.

38. Donc les solutions prévues et admises par l'art. 130 restent d'une application relativement facile, toute casuistique à part. Mais il n'en est plus ainsi dès qu'on aborde, d'une part le problème des déclarations tacites, dont ne parle pas, ou ne parle plus, l'art. 130, et celui des déclarations auxquelles, d'après le texte même, il ne s'applique pas, celles qui ne s'adressent plus à personne, les déclarations que personne n'ait à recevoir (*nicht Empfangs bedürftige Willenserklärungen*), comme on disait dans la doctrine; et c'est par ces dernières que la question doit tout d'abord être examinée.

39. Ces déclarations sont, au fond, de pures manifestations de volonté, qui, sans doute, sont des déclarations juridiques, en ce sens que celui qui les fait entend réaliser par là un acte juridique, et le plus souvent un acte d'appropriation ou de déréliction, occupation par exemple (art. 958), abandòn de la possession (art. 959), acceptation d'hérédité, mais qui réalisent cette déclaration par une manifestation unilatérale laquelle n'ait pas pour but de s'adresser à un tiers ; et cela alors même qu'elle intéresserait directement certaines personnes, comme l'acceptation d'hérédité.. C'est un acte qui se forme sans contact avec qui que ce soit, et par une pure création volontaire de celui de qui il émane; ce qui

n'empêche qu'il ne prenne souvent, presque toujours, et cela est à peu près forcé, une forme de publicité, comme la publication dont parle l'art. 171. Ce qui les caractérise, ce n'est pas le fait que les tiers qu'elles viseraient seraient indéterminés. On a déjà vu que les offres à personne indéterminée seraient des déclarations susceptibles de réception et s'adressant encore à un cercle d'intéressés. D'autre part, on peut concevoir qu'une déclaration qui, par sa nature, ne dût s'adresser à personne fût cependant faite à un intéressé, personne déterminée, comme une acceptation d'hérédité qui serait adressée à un cohéritier ou à un créancier. Donc le point capital est qu'elles constituent une manifestation de volonté qui n'a pas besoin pour produire ses effets de prendre contact avec qui que ce soit, et qui est complète par elle-même; donc qui n'a pas besoin de réception, et encore moins de perception pour produire ses effets. En principe, cette manifestation vaut par l'émission (Cf. Zit. *B. G. B.*, p. 97). Hölder constate bien encore que, même pour ces sortes de déclarations, il y ait lieu de distinguer entre émission et perfection de la déclaration : soit, si l'on entend cela seulement de la perfection du mode d'émission, et non d'une condition ultérieure qui consisterait dans la réception par un tiers. Par exemple, on peut supposer un acte de ce genre se faisant par voie de publication; on pourrait citer le cas de la promesse de récompense, s'il ne s'agissait pas là précisément d'une hypothèse controversée (art. 657), ou encore celui de la publication de l'art. 171. Si donc on prend l'hypothèse d'une publication se faisant par voie d'annonce dans les journaux, la remise à l'impression pourrait constituer l'émission au sens strict du mot, et la publication effective du journal donnerait seule à la déclaration sa perfection définitive. L'intérêt de cette distinction serait encore, comme dans l'art. 130, de fixer le moment, d'une part, où la déclaration prend une valeur indépendante de la personnalité de son auteur, et celui, d'autre part, où, devenant définitive, elle va produire ses effets; sauf les cas exceptionnels, comme celui de la promesse de récompense, où loi en prolongerait encore la révocabilité (Cf. art. 658). Tel serait donc le principe : la déclaration qui ne s'adresse à personne vaut, dès qu'elle est émise, ou plutôt dès que le procédé de manifestation extérieure par lequel elle s'exprime a reçu son achèvement définitif. Et, si ce procédé lui-même comporte deux stades d'exécution, l'un correspondant à l'émission au sens étroit du mot, c'est-à-dire à la mise en œuvre de la part de l'auteur de la déclaration, et l'autre à l'exécution définitive du procédé de manifes-

tation employé, et telle qu'elle se réalise en dehors de la participation de l'auteur de la déclaration, dès le premier stade, la déclaration aura déjà une existence indépendante du décès de son auteur; mais elle ne sera définitive et ne produira ses effets qu'à l'achèvement du second.

40. On peut donc dire, avec Hölder, que, dans toute déclaration, qu'elle s'adresse ou non à quelqu'un, il y a deux degrés d'exécution. Il y a l'exécution qui se fait et qui s'achève par l'auteur même de la déclaration, et qui comprend l'ensemble des actes émanant de lui et nécessaires pour que la déclaration devienne indépendante de lui, et qu'elle constitue un fait qui lui soit extérieur : pour ce qui est de lui, il est dessaisi, ou plutôt il s'est dessaisi. C'est l'émission proprement dite. Puis, il y a l'exécution qui se fait et qui s'achève d'une façon extérieure, et comme étrangère à l'auteur de la déclaration, et qui dépend de la nature de la déclaration et du procédé employé; comprenant uniquement un procédé de publication, s'il s'agit de déclarations qui ne soient qu'une manifestation unilatérale de volonté ; ou impliquant, en outre, une transmission directe à autrui, et transmission effectivement réalisée, s'il s'agit d'une manifestation de volonté qui doive prendre contact avec un tiers, et s'adresser, non pas forcément à sa volonté, puisque l'objet de la déclaration n'est pas toujours un contrat à conclure, mais à sa perception intellectuelle, pour qu'il soit touché par la déclaration et qu'il en prenne connaissance. Par le premier acte, la déclaration devient indépendante de la survenance du décès; et par le second elle prend sa perfection juridique et devient capable de produire ses effets.

41. Mais il importerait de rechercher maintenant si ces principes généraux sont d'une application absolue, comme s'il s'agissait de dispositions légales impératives, et non de dispositions interprétatives de la volonté. En réalité, la distinction de l'art. 130 entre les déclarations qui s'adressent à partie, donc impliquant transmission, le mot pouvant s'entendre même d'une transmission directe entre présents, et les déclarations n'impliquant aucune transmission de ce genre, n'est que la constatation de deux catégories de phénomènes juridiques qui existent en soi, et par eux-mêmes. Les conséquences que le Code en a tirées sont de celles qui dérivent de la nature même de la déclaration et qui concordent avec elle, de telle sorte que l'analyse scientifique eût pu suffire à les découvrir. Si le Code civil a cru devoir les indiquer, c'est pour faciliter, en quelque sorte, ce procédé d'analyse et pour déterminer, d'autre part, quel doive être à cet égard le

procédé d'interprétation; c'est-à-dire pour bien montrer que la loi entendait, en cette matière, s'en tenir à la constatation des phénomènes naturels, tels qu'ils dérivent et du procédé employé et de la volonté qui l'a mis en œuvre, et nullement imposer des solutions légales contraires à celles correspondant à la nature même des choses.

42. Il ne faut donc voir dans cette distinction, si générale qu'elle soit, qu'une sorte d'indication légale; et non une opposition absolue, qui doive conduire, sur tous les points, à des solutions radicalement opposées. Et cela est d'autant plus vrai que, si l'art. 130 dit bien comment doit se fixer la date de perfection et d'irrévocabilité pour les déclarations avec transmission à un tiers, il ne dit rien des autres: de telle sorte que ce serait bien mal raisonner que d'en conclure, par voie d'*à contrario*, que, pour ces dernières, il faille toujours prendre la solution inverse. Si donc, parmi celles-ci, on trouvait tel ou tel procédé qui, par sa nature, se rapprochât de ceux prévus pour le cas de déclarations transmissibles à partie, il faudrait admettre sans doute une identité de solution. C'est ainsi déjà que Zitelmann (*B. G. B.*, p. 98), supposant une déclaration d'acceptation d'hérédité adressée, au lieu de sa forme impersonnelle, à l'un des intéressés, considère que, s'il en était ainsi, le moment de sa perfection pourrait, — pourrait et non devrait, a-t-il soin de bien faire remarquer, puisque cela dépendrait d'une interprétation à faire de la volonté du déclarant, — être reculé jusqu'à la réception par le destinataire, conformément aux règles posées pour les déclarations adressées à un tiers; de telle sorte que la révocabilité en serait prolongée jusqu'à cette date. Il est vrai que Zitelmann ne dit pas si cette modification des règles du droit commun, relatives à la date de perfection et d'irrévocabilité d'une déclaration d'acceptation d'hérédité, ne vaudrait qu'à l'égard de celui des intéressés auquel la déclaration a été adressée, ou si elle aurait effet absolu à l'égard de tous. Cette question dépendrait, sans doute, du point de savoir s'il peut y avoir ou non acceptation à l'égard de l'un seulement des intéressés, ou si l'acceptation, même ainsi faite à l'égard d'un seul, vaut à l'égard de tous; après quoi, il y aurait lieu de se demander si, à l'égard des autres, la déclaration n'est pas parfaite dès qu'elle est émise, et si ce n'est pas seulement à l'égard de celui à qui elle s'adresse que sa perfection définitive dépendrait de la réception. Mais ce sont là des points qui dépendent de la matière des successions et qui ne pourraient être étudiés à cette place.

43. Cette hypothèse peut donc servir de transition pour passer

à l'examen d'un autre cas douteux, qui, lui aussi, peut présenter deux questions à résoudre, l'une principale et l'autre subsidiaire, celui de la promesse de récompense (art. 657); et l'on a déjà vu (art. 116) que la question principale était de savoir si elle devait être rangée ou non parmi les déclarations ne s'adressant à personne et valant par elles-mêmes.

Presque tous les auteurs la citent parmi ces dernières; et il semble bien que ce soit en raison de l'indétermination du destinataire. C'est là un motif très insuffisant, puisqu'il n'y a guère d'hésitation à mettre au nombre des déclarations à partie les offres à personne incertaine; et que, jusqu'au Code civil allemand, la promesse de récompense a toujours été considérée comme une offre de ce genre. Dans la volonté de celui qui fait la promesse, il n'est pas douteux qu'il la considère comme une offre; et l'on peut se demander si le changement de conception admis par le nouveau Code, en dehors de toutes les prévisions de volonté de la partie qui s'engage sous cette forme, peut être suffisant pour impliquer une interversion de classe en cette matière, et nous obliger à traiter la promesse de récompense comme une déclaration purement impersonnelle, donc ne s'adressant à personne. N'est-ce pas absolument contraire, et à la forme employée, et aux termes mêmes de la déclaration et à la nature des choses? Et comment comprendre une promesse qui ne s'adresse pas à ceux qui accompliront l'acte auquel l'engagement est subordonné?

44. Et cependant, parmi ceux qui acceptent cette opinion, et qui tendent à ranger la promesse de récompense parmi les déclarations adressées à partie, ne semble-t-on pas incliner, à raison justement du changement de conception du Code civil en cette matière, à fixer le moment de la perfection à la réalisation pure et simple de la publication, dont on ferait une sorte de réception impersonnelle et fictive, au lieu d'admettre une réception réelle, au moins par voie de perception, comme on l'a vu pour les offres à personne incertaine. (Cf. End., p. 282, note 1 et § 176, note 2, p. 798)? C'est qu'en effet, puisque l'engagement peut devenir définitif, dès que le service désiré est accompli, alors même que celui qui le rend n'a pas eu connaissance de la promesse (art. 657 et 658, Cf. Sal., *Oblig.*, pp. 145, 300 et suiv.), il devenait beaucoup plus difficile de parler de réception et de perception. Il fallait que la déclaration fût définitive et parfaite par la publication; et, comme c'est la déclaration seule qui fonde l'engagement, l'engagement existe déjà. Si, d'autre part, l'art. 658 admet encore, même après publication effectuée, une certaine révocabi-

lité, au moins jusqu'à l'accomplissement de l'acte prévu, ce qui devient ainsi révocable, ce n'est pas la déclaration, c'est l'engagement qui en était résulté. Il semble bien que, sur ce point, l'intérêt pratique qu'il pût y avoir à comprendre ces sortes de déclaration, de même que la souscription de titres au porteur, dans l'une ou l'autre des deux branches de la distinction, aurait à peu près disparu; et l'on a déjà vu qu'il en serait presque de même au cas de dol (note sur art. 123). Il serait intéressant de voir si cette identité se poursuivrait dans tous les cas où le Code civil distingue entre les deux catégories de déclarations (Cf. art. 111, 116, 117, 122, 143, 174, 180, V. Zit., *B. G. B.*, p. 97-98). Parmi les dispositions du nouveau Code qui distinguent entre les deux sortes de déclarations, il en est dans lesquelles la distinction se réfère uniquement au fait de l'indétermination des intéressés, de telle sorte que, toutes les fois que celle-ci se présente, fût-ce même à l'égard d'une offre proprement dite, la solution à appliquer dût être celle admise pour les déclarations qui ne s'adressent pas à un tiers. Ce qui ne veut pas dire, cependant, pour ce qui est de la promesse de récompense, qu'il soit sans intérêt pratique de la ranger dans l'une ou l'autre des deux catégories, ne serait-ce que parce que certaines des assimilations qui viennent d'être indiquées, celle relative au dol par exemple, sont elles-mêmes controversées, et en effet fort discutables. La question théorique peut donc, et doit donc, être posée.

45. Or, il paraîtra sans doute que l'opinion, jusqu'alors admise par la grande majorité des auteurs, doive en effet l'emporter. Car, d'après la conception nouvelle, la publication a pour but de faire savoir qu'un engagement a déjà été pris, et non d'indiquer aux intéressés qu'on le prendra; de telle sorte que, s'il y a bien transmission de la déclaration, cette transmission a lieu, non pas pour donner sa perfection au procédé juridique de manifestation de la volonté, celui-ci ayant déjà produit son effet par le seul fait de la publicité, c'est-à-dire par le seul fait de l'émission publique; elle a lieu, pour porter l'engagement à la connaissance des tiers, et pour permettre à ceux qui auraient déjà accompli l'acte en cause de se prévaloir de la promesse et d'en exiger l'exécution. Le fait que la déclaration est adressée à quelqu'un, ce quelqu'un fût-il le public, lequel fait est bien, sans doute, la caractéristique et le critérium de la distinction de l'art. 130, se rapporte ici à une déclaration qui a déjà produit son effet de droit, et qui, par suite, n'a pas besoin de cette caractéristique pour être efficace. Il a donc pour objet, non l'effet à produire, mais l'effet déjà produit : il porte

sur un résultat juridique dérivant de la déclaration, c'est-à-dire sur l'engagement déjà pris, et non sur la déclaration en tant qu'elle viserait un engagement à créer. Il y a transmission d'une valeur juridique déjà existante; et c'est cette valeur juridique que l'on offre aux intéressés. Voilà pourquoi le fait de cette transmissibilité, qui pourrait tromper *à priori* sur le caractère de la déclaration, n'est plus décisif en cette matière, pour faire de cette dernière une déclaration dirigée vers un tiers, ou même vers des tiers indéterminés. Elle n'est dirigée vers personne. Le profit de la déclaration, sans doute, n'est pas impersonnel; mais la déclaration, en soi, est impersonnelle, comme serait une prise de possession ou un abandon de possession. C'est un acte de maîtrise juridique que celui qui en est l'auteur accomplit par voie de création indépendante sans s'adresser à personne. Il peut bien agir ainsi quand il fait un acte d'appropriation; pourquoi ne le pourrait-il pas quand il crée un engagement ou une créance sur lui-même, comme au cas de titre au porteur? Et, peut-être, est-ce l'idée, en somme très simple que se fait de son engagement la personne qui promet. Elle ne songe pas à une offre qui sera acceptée et qui doit aller trouver les intéressés. Elle se déclare déjà engagée, et jette son engagement dans le public ou dans la circulation, comme elle ferait d'une monnaie qu'on n'eût qu'à ramasser et à s'approprier, sous les conditions qu'elle eût posées.

On vient de voir ainsi les deux côtés des problèmes. Peut-être y aura-t-il lieu de revenir sur ce point à propos de l'art. 143; et il serait possible que, sur ce terrain particulier, l'on aperçût de nouvelles difficultés auxquelles la solution généralement acceptée fût de nature à donner lieu. Toutes ces hésitations montrent, en fin de compte, tout ce qu'il y a d'éminemment complexe dans la question elle-même, et combien il peut être délicat de trancher la controverse *à priori*, sans attendre les résultats de la pratique. Sur tous les points laissés par la loi à l'appréciation de la doctrine, le meilleur procédé d'interprétation n'est-il pas d'attendre la révélation des faits eux-mêmes, plutôt que de trancher par voie d'*à priori*, au moyen de solutions purement logiques tirées des principes?

46. La question principale ainsi résolue, ou plutôt étant supposée résolue, le point subsidiaire du moment auquel doive se placer la perfection de la déclaration se trouve déjà à peu près tranché par le fait même; puisque déjà les auteurs qui font de la promesse de récompense une déclaration qui s'adresse au public, donc une déclaration adressée à quelqu'un, en plaçent l'efficacité à l'époque de

la publication, celle-ci tenant lieu de réception impersonnelle. Dans l'opinion contraire, en acceptant la même date, on ne fait qu'appliquer les principes du droit commun en matière de déclarations qui ne s'adressent à personne (Zit, *loc. cit*,, p. 97). On peut distinguer, sans doute, puisqu'il s'agit d'avis, ou d'annonce publique, le moment du dessaisissement, ou de l'émission proprement dite, qui serait, par exemple, la remise à l'impression, et à partir duquel le décès du déclarant devient sans influence sur le maintien de la déclaration, et le moment de la publication effectivement réalisée, qui est celui où l'engagement se produit, tout en réservant pour cette hypothèse particulière la révocabilité spéciale qui la concerne (art. 658). Mais cette distinction secondaire ne change rien au principe même, qui est l'admission de la date de publication, comme époque de l'efficacité et de la perfection de la déclaration.

47. Parmi les déclarations n'ayant pas à être adressées à personne, et qui valent par leur seule manifestation, les auteurs font également rentrer l'acceptation d'une offre de contrat, dans les cas où, par la volonté de celui qui a fait l'offre, elle n'a pas à être notifiée ni adressée à ce dernier : il est entendu qu'on n'a pas à la lui faire connaître (art. 151). Il va de soi que le moment où cette déclaration d'acceptation devient parfaite est uniquement celui où elle est émise. Est-ce une raison pour la comprendre parmi les déclarations qui ne s'adressent à personne? Par lui-même, ce motif serait insuffisant; car, sur la plupart des autres points où il y ait intérêt à distinguer entre les deux sortes de déclarations, les auteurs appliquent à l'acceptation dispensée de notification (art. 151) les solutions admises pour les déclarations qui s'adressent à un tiers (Zit., *loc. cit.*, p. 98); ainsi, par exemple, en ce qui concerne l'application des art. 116 et 117, 122 et 123, lorsqu'il s'agit d'un vice qui affecte la volonté, en ce qui touche, à propos d'annulabilité, l'application de l'art. 143, enfin pour ce qui est des actes accomplis par un mineur (art. 111) ou de ceux passés par représentant (art. 174 et 180). Une acceptation de contrat, même quand on n'a pas à la faire connaître à celui qui a fait l'offre, se rapprocherait donc beaucoup plus, par le fond de sa nature, des déclarations adressées à quelqu'un que de celles qui ne s'adressent à personne. Et, de fait, on pourrait dire que, si l'acceptant est dispensé de faire connaître sa décision à l'autre partie, cette déclaration n'en est pas moins destinée, par nature, à être connue de celui qu'elle intéresse; ce serait une pure manifestation de volonté, qui, d'elle-même, ne serait pas dirigée vers celui qu'elle vise, et au sujet de laquelle on laisserait à ce dernier

le soin d'aller aux informations. Ce serait à lui de venir prendre connaissance; on n'irait pas lui donner connaissance. Mais ce n'en serait pas moins une déclaration destinée à être connue d'une personne déterminée, intéressée à la connaître. Si elle n'est pas adressée à proprement parler à quelqu'un, elle lui est destinée; et cela ne suffit-il pas pour qu'au sens large, elle soit au nombre des déclarations qui s'adressent à quelqu'un? Cependant la solution acceptée en matière de promesse de récompense semble commander la déduction à tirer en cette matière. Bien que cette dernière soit destinée à être connue de ceux qu'elle intéresse, comme elle produit son efficacité en dehors de cette connaissance personnelle, il a été admis qu'elle valait par elle-même, en dehors de toute préoccupation de transmission à l'égard des tiers. De même, l'acceptation de contrat, dans les cas prévus par l'art. 151, est une déclaration qui, par la volonté des parties, ne comprend, parmi les éléments de sa matérialité, aucun procédé destiné à la diriger vers celui qu'elle concerne. Il suffit d'une manifestation extérieure et certaine de volonté, sans aucun élément de transmissibilité.

48. Mais on voit par là comme la preuve décisive du caractère de cette distinction, tel qu'il a été indiqué déjà, qui n'est pas de conduire à des oppositions légales, impératives et tranchées, mais d'appliquer et, par suite, de mettre en lumière un procédé d'analyse scientifique, très souple et très élastique, destiné à étudier chaque procédé de déclaration d'après sa nature propre, et d'après les caractères que les parties ont entendu lui attribuer, pour en déduire les solutions les plus conformes, soit à la nature du procédé employé, soit à la volonté qui a présidé au choix. Tout ceci n'est pas douteux, puisque l'art. 151 nous met en présence de déclarations qui, par l'effet seulement de la volonté des parties, sont rangées au nombre de celles qui n'ont pas à être adressées à leur destinataire, et qui cependant, sur la plupart des points, sauf un seul, celui relatif à la date de leur efficacité, recevront application des solutions admises juste pour la catégorie opposée, celle des déclarations adressées à la partie intéressée.

§ 4.

49. Et c'est ainsi que l'on se trouve amené à étudier les déclarations tacites. L'art. 72 du premier Projet les avait prévues, pour établir que la déclaration pouvait être faite tout aussi bien tacitement que sous forme expresse. La seconde commission a jugé

inutile de poser un principe qui allait de soi, puisque la solennité des formes a disparu, de droit commun tout au moins (*Pr.* 68). Restait à se demander si, tout en prenant pour point de départ le fait que la déclaration tacite, sous réserve des questions de preuve, devait produire ses effets aussi pleinement et au même titre qu'une déclaration expresse, il n'y avait pas à signaler entre les deux formes certaines différences tenant au caractère même de la déclaration; et l'art. 74 P[1] avait cru reconnaître, en ce qui touche précisément la date de perfection des déclarations unilatérales, un de ces points essentiels sur lesquels il y eût à distinguer entre les deux formes employées. Considérant tout d'abord que, lorsqu'une déclaration est de celles qui s'adressent à un tiers, elle pouvait être tout aussi bien tacite ou expresse, l'art. 74 établissait que, si une déclaration de ce genre était faite tacitement, elle n'avait sa perfection et ne devenait irrévocable que par la perception réelle. Il fallait que le destinataire en eût pris connaissance; c'était la part faite à la théorie de la perception : système de la réception pour les déclarations expresses, système de la perception pour les déclarations tacites De même en avait-on conclu, en ce qui touche le moment où la déclaration devient indépendante de la survivance même de la personnalité de son auteur, que, pour les déclarations tacites, au lieu d'être la date de l'émission, ce serait également celle de la perception; bien que cette fois, et sur ce dernier point, une certaine confusion de termes se voit peut-être glissée dans la rédaction du texte. Car ce que l'on avait en vue à cet égard, et en ce qui touche le maintien de la déclaration en dépit du décès ou de l'incapacité, et cela pour les déclarations tacites comme pour les autres, c'est le moment où celui de qui elles émanent eût parachevé, pour ce qui était de lui, les actes de manifestation extérieure qui devaient servir d'expression à sa volonté. Or, on comprend que, pour les déclarations tacites comme pour les autres, cette exécution puisse et doive se réaliser d'une façon définitive et complète, avant que l'intéressé en ait pris connaissance : c'est ce que paraissaient fort bien reconnaître les Motifs (I., p. 159). Ils faisaient allusion au moment où la déclaration tacite aurait trouvé son expression définitive. A-t-on considéré, du moment qu'elle s'exprime par un procédé qui exige une certaine interprétation tirée des faits et des circonstances, que l'auteur de la déclaration restait toujours à même, en modifiant les faits eux-mêmes, d'en modifier l'interprétation, de telle sorte que le procédé d'expression de sa déclaration restât encore à sa disposition, tant que l'intéressé n'eût pas

acquis le droit, par la perception et la connaissance qu'il en aurait eue, d'en arrêter l'interprétation définitive? Ce raisonnement, à supposer qu'il eût inspiré le changement de rédaction constaté entre le texte des Motifs et celui de l'art. 74, eût été bien inexact, puisqu'il eût pris en considération les droits du destinataire, lesquels, en l'espèce, n'étaient pas en cause, au lieu de s'attacher au moment même où, d'après la volonté propre de l'auteur de la déclaration, celle-ci a pris une forme qui en marque l'indépendance et qui fasse d'elle une création juridique, ayant une valeur en soi, susceptible de survivre à la personnalité de son auteur.

50. Quoi qu'il en soit de ce point de détail, le premier Projet admettait qu'une déclaration tacite pouvait encore être considérée comme s'adressant à quelqu'un, puisque, d'après l'art. 74 P[1], les déclarations adressées à un destinataire pouvaient être faites sous la forme tacite. Seulement, dans ce dernier cas, la déclaration n'était véritablement achevée et complète que lorsque l'intéressé en avait pris connaissance; sur ce dernier point on comprenait fort bien, en effet, puisqu'il n'y avait pas de procédé employé, destiné à lui transmettre et à lui porter l'expression de la volonté qui le concernait, et que ce fût lui qui eût à en interpréter les formes et à en découvrir le contenu, que cette déclaration ne fût parfaite, quant à lui, que par cette interprétation faite de son chef. On ne pouvait lui opposer un effet de droit dérivant d'une déclaration qu'il n'eût pas connue, si cette dernière ne s'était pas exprimée par un procédé dont le but direct fût précisément de la faire connaître à celui qu'elle concernait.

51. Mais toute cette réglementation a disparu du texte définitif, sans que les motifs donnés à l'appui de cette suppression aient été clairement et suffisamment indiqués. Ce ne peut être le fait qu'une déclaration tacite, précisément parce qu'elle ne s'exprime pas par un procédé destiné à la porter à la connaissance directe des tiers, ne saurait jamais être classée parmi les déclarations s'adressant à un destinataire; puisqu'à plusieurs reprises, une fois tout au moins de la façon la plus certaine, la seconde commission a parfaitement reconnu qu'une déclaration de ce genre pouvait se présenter sous les deux formes, expresse ou tacite (*Pr.*, I. 177). Serait-ce donc qu'on eût voulu, conformément à un courant qui semble aujourd'hui prévaloir dans la doctrine, supprimer toute distinction entre la forme expresse et la forme tacite? Il est impossible de le croire, puisque le Code civil, dans l'une au moins de ses dispositions, oppose la déclaration tacite à celle dont l'existence ne se révèle que par une interprétation tirée des circons-

tances (art. 164); et que, dans d'autres, il exige, pour admettre telles ou telles clauses dérogeant au droit commun, qu'elles se présentent sous la forme expresse, ou qu'il y ait une disposition spéciale à cet égard (art. 244, 269, 271, 328, 700), ce qui revient encore à opposer la déclaration expresse à celle qui ne le serait pas. C'est admettre implicitement la distinction entre déclarations expresses et tacites (ZIT. *B. G. B.*, p. 90 et LEON., p. 277). Aussi se trouve-t-on assez légitimement conduit à conclure qu'en parlant de perception directe en matière de déclarations tacites, l'art. 74 avait entendu, là encore, admettre une application de la théorie de la réception, dont il faisait comme une interprétation légale; considérant que, lorsqu'il s'agit de déclarations tacites, la réception ne peut se réaliser que par la prise de connaissance effective. C'est cette interprétation légale que la seconde commission aurait jugée trop absolue, trouvant plus pratique de laisser à la doctrine et à la jurisprudence le soin de faire la distinction et les adaptations nécesssires (cf. *Pr.*, I. 69). C'est d'ailleurs ce que l'on peut induire de la seule phrase un peu caractéristique du passage du Protocole qui s'y réfère, puisqu'il est dit qu'on a entendu laisser également, au moins en principe, les déclarations tacites sous l'application de la théorie de la réception. De sorte que, devant le silence du texte définitif, toutes les questions restent ouvertes; et c'est à la doctrine de chercher à les résoudre.

52. Et tout d'abord, à quoi reconnaîtra-t-on une déclaration tacite? C'est une question sur laquelle les points essentiels ont déjà été esquissés. Ce qui semble bien ressortir de l'ensemble des textes du nouveau Code, c'est que ce caractère devra être réservé seulement aux déclarations dont le procédé d'expression n'aura pas eu pour but, en soi ou d'après la convention des parties, de porter le contenu de la déclaration à la connaissance de l'intéressé, sans qu'il y ait à s'attacher à l'intention de l'auteur de la déclaration : système objectif par conséquent.

Cette interprétation ressort bien en effet de l'art. 164, qui oppose la déclaration expresse, celle par laquelle le représentant déclare agir au nom du représenté, à celle qui se déduirait des circonstances. Il s'agit de faits extérieurs dont le but ne soit pas de faire connaître directement à l'intéressé que le mandataire parlait au nom du mandant, mais dont le caractère soit tel que l'on ne puisse se méprendre sur cette intention; le procédé employé n'est pas de ceux qui servent à faire connaître aux tiers les intentions dont ils émanent et qu'ils traduisent à l'extérieur, ou plutôt dont ils sont une conséquence visible et non une traduction directe. Alors

même que l'auteur de la déclaration aurait eu la volonté de faire servir les faits et procédés qu'il considère comme une traduction de sa pensée à un rôle de transmissibilité à l'égard de l'autre partie, si le procédé n'est pas de ceux qui, soit d'après les usages, soit d'après les conventions usitées entre les parties, doivent servir normalement à cette transmission, de telle sorte que l'interprétation ne s'en déduise que par voie de conclusion seulement, il y aura déclaration tacite. Il y aura forme expresse, à l'inverse, dès que le procédé sera de ceux qui servent d'expression normale ou conventionnelle à l'égard des tiers, même si l'exécution ou l'emploi du procédé ne donne pas des résultats suffisamment clairs par eux-mêmes, et que ceux-ci doivent être interprétés. On a employé la forme écrite ou la forme verbale, et le texte de la déclaration reste ambigu; même s'il en a été ainsi intentionnellement, la déclaration est encore une déclaration expresse. Et d'ailleurs le procédé ne se restreint pas aux deux modes seulement de la parole ou de l'écriture; un signe usuel ou convenu, tout fait extérieur qui ait pour but une traduction de la pensée à l'égard du public ou d'un tiers, constitue un procédé de déclaration expresse (cf. Zit et Leoh', *loc. cit.*).

53. Maintenant, il importe de distinguer avec soin trois sortes de déclarations généralement comprises sous le nom de déclarations tacites, et dont les caractères diffèrent profondément. Il faut se souvenir pour cela que, sous le nom de déclaration, on ne devrait normalement et légitimement comprendre que ce qui est l'expression de la volonté réelle des parties, et non d'une volonté fictive et supposée. Or, à prendre le mot dans ce sens, il y a deux groupes de déclarations tacites, les unes accessoires, les autres principales.

54. Les premières comprennent, par exemple, les clauses indirectes d'un contrat, qui ne sont pas spécifiées expressément, mais qui résultent de l'intention présumée des parties. Ici encore bien des nuances seraient à préciser. Si cette intention se présume d'après le texte de la déclaration principale expresse, il s'agit alors, non de déclaration tacite, mais de l'interprétation d'une déclaration expresse, et par suite du contenu véritable d'une déclaration expresse. Si l'on se trouve en présence de clauses qui, ni de près ni de loin, ne résultent de la déclaration faite, ni d'après son texte, ni d'après les faits et circonstances qui l'accompagnent, mais qui sont des clauses d'usage, peut-être s'agit-il alors, moins de déclarations proprement dites que d'une réglementation usagère ou légale, qui s'impose, sauf dérogations

expresses des parties, sans qu'il y ait à s'occuper de savoir si elle répond ou non à leur volonté réelle. Et à strictement parler, ce ne sont plus des déclarations de volonté : c'est la troisième catégorie dont il sera question plus tard. Aussi faut-il uniquement, dans ce cas, réserver le nom de déclarations tacites à ces clauses dérogatoires, ou modifications du droit commun, qui résulteraient, non du texte du contrat principal, mais des circonstances qui l'accompagnent, en tant qu'elles seraient réellement indépendantes de la déclaration expresse qui a été faite. C'est à une clause de ce genre que fait allusion l'art. 164; et de même l'art. 700 prévoit que, dans un contrat de dépôt, les circonstances dans lesquelles celui-ci est effectué, s'agissant de choses fongibles, permettent de conclure que les parties ont voulu que la propriété en fût transférée au dépositaire (cf. Pl., p. 163).

55. Ce peut être, au contraire, la déclaration principale qui, au lieu de se faire sous forme expresse, doit se tirer de circonstances extérieures ou de faits qui émanent de l'auteur de la déclaration. Rien de plus simple à imaginer, par exemple, dans le cas prévu par l'art. 151, lorsque l'acceptation n'a pas à être adressée à l'autre partie. Même lorsqu'il s'agit d'actes juridiques unilatéraux, il ne faut pas dire de déclarations unilatérales, car toutes les déclarations sont unilatérales, mais d'actes juridiques unilatéraux, tels qu'une acceptation d'hérédité, rien de plus fréquent qu'une déclaration tacite; il s'agira, par exemple, d'un successible qui eût fait une remise de dette à un créancier héréditaire (Pl. p. 163), ou tout autre acte de disposition impliquant la qualité d'héritier. Il serait plus difficile, peut-être, pour revenir aux contrats, de parler d'offres tacites, quoique la chose ne fût pas impossible. Mais en matière d'acceptation, rien de plus fréquent; l'exemple classique est celui du marchand qui envoie à quelqu'un avec qui il est en relations d'affaires des objets de consommation pour lui en proposer l'achat, sans que, d'après les usages commerciaux, il ait à attendre notification de l'acceptation; et le destinataire les consomme (cf. Pl. 163-164).

56. Enfin, on désigne très souvent aussi sous le nom de déclarations tacites des clauses présumées par la loi, destinées à compléter la volonté expresse des parties, et qui, le plus souvent, n'ont été, en général, ni prévues, ni voulues. Zitelmann (*loc. cit.*, 191) en cite des exemples tirés des art. 2101 § 1, 2108 § 2, 2161, 2298 § 3. Ce sont, en réalité, de pures dispositions légales, en ce sens que c'est la loi qui veut compléter dans cette direction la volonté des parties, tout en permettant à ces dernières

d'exprimer une volonté contraire. Mais à défaut de volonté contraire, c'est la loi qui impose et qui veut telle ou telle disposition complémentaire, sans qu'il y ait à s'occuper de savoir si la partie l'a voulue ou non. Il s'agit donc là, en réalité, d'une dépendance légale de la déclaration principale, d'une conséquence qu'elle entraîne de par la volonté de la loi, et qui existe par le fait seul que la déclaration principale est valable, sans qu'il soit besoin d'une déclaration spéciale qui s'y rapporte (cf. LEONH, p. 279).

57. Il va de soi, maintenant, si l'on pose la question sur le terrain de l'art. 130, et en ce qui concerne le moment où la déclaration doit être considérée comme parfaite et productrice d'effets, que, dans deux hypothèses tout au moins, la solution se trouve acquise *à priori*. C'est en ce qui touche, tout d'abord, les clauses tacites qui sont l'accessoire de la déclaration expresse, en tant qu'elles dérivent d'une interprétation élargie de cette déclaration elle-même. On a vu qu'en réalité elles ne se distinguaient pas de cette dernière et faisaient corps avec elle. Au fond, elles participent de la forme expresse et se trouvent acquises dès que la déclaration expresse est devenue valable. Il faut en dire de même, et *à fortiori*, de ces prétendues déclarations tacites qui ne sont que des dispositions légales, et qui constituent comme la réglementation légale de l'acte juridique que les parties avaient en vue.

58. Le problème se trouve ainsi restreint aux déclarations véritables, qui correspondent réellement à un acte de volonté, et qui, d'autre part, ne peuvent se rattacher par leur contenu à aucune déclaration expresse. Cela implique qu'elles s'expriment uniquement par des faits matériels étrangers à toute forme expresse ; et l'on a vu qu'elles pouvaient être accessoires ou principales.

59. Or, la question préalable, suscitée par l'art. 130 lui-même, et que justifie la suppression, dans le texte définitif, de la mention faite par le premier projet de la forme tacite des déclarations à partie, est précisément de savoir si une déclaration de ce genre, s'adressant directement à quelqu'un, peut être tacite. Le caractère de la déclaration tacite est qu'elle ne s'exprime par aucun procédé destiné à la transmission directe et que son existence ne se révèle que par voie d'interprétation, ce qui implique que l'initiative de la prise de connaissance vient de celui à qui elle devrait être adressée, et non de celui de qui elle émane. Ce n'est pas ce dernier qui transmet sa volonté à l'autre; c'est celui-ci qui va, en quelque

sorte, à la volonté qu'il a intérêt de connaître. Dès lors, comment une déclaration de ce genre pourrait-elle figurer encore au nombre des déclarations qui s'adressent à un destinataire? D'ailleurs, l'auteur de la déclaration n'a pas eu l'intention de faire parvenir sa volonté à l'autre partie, puisqu'il n'a employé pour cela aucun procédé de transmission; de sorte que, à l'apparence tout au moins, ce n'est pas seulement du point de vue objectif, en tenant compte du procédé employé, mais c'est du point de vue subjectif, en s'attachant à l'intention manifestée, que la contradiction se révèle entre déclaration tacite et déclaration adressée à l'intéressé.

60. Aussi, a-t-on repris l'ancienne distinction classique entre les pures manifestations de volonté et les déclarations proprement dites : les unes n'étant que l'expression extérieure donnée à la volonté sans préoccupation de transmissibilité, sans l'emploi d'aucun procédé qui dût en diriger l'énoncé vers ceux ou celui qu'elle intéresse; tandis que les autres ajouteraient à ce fait de manifestation extérieure un élément de transmission, soit que l'on se contente d'une circonstance qui en révèle l'intention, théorie subjective, soit que l'on exige un procédé normal destiné à cette transmission, théorie objective, pourvu qu'à l'extériorité donnée à la volonté se joigne un effort, tout aussi manifeste, et qui ressorte également du mode d'expression lui-même, pour la diriger vers celui qu'elle concerne (cf. PL., p. 164-165). A la première catégorie correspondraient les déclarations ne s'adressant à personne, dans la seconde rentreraient celles qui s'adressent à quelqu'un ; et la forme tacite ne pourrait se rencontrer que dans le premier groupe : de là les exemples de déclarations tacites en matières d'actes unilatéraux impersonnels comme l'acceptation d'hérédité, ou encore en matière de déclarations unilatérales dispensées de notification, comme en matière d'acceptation de contrat dans les cas prévus par l'art. 151.

61. A un point de vue purement théorique, la distinction entre manifestation et déclaration a pu être, tout d'abord, très sérieusement contestée (cf. HÖLD., p. 238). Mais, sur le terrain des intérêts pratiques, et en ce qui concerne plus spécialement l'application des points visés par l'art. 130, on est en droit de se demander quelle serait la conséquence à déduire de cette opposition, au moins en ce qui concerne les déclarations tacites. Voudrait-on dire que ces dernières, par cela même qu'elles ne sauraient être que des déclarations impersonnelles, auraient leur perfection dès le moment de l'émission, comme on a vu que c'était le cas le plus général pour les déclarations ne s'adressant à personne? Ce serait

parfaitement insoutenable. Si l'on considère, par exemple, les déclarations tacites accessoires, il en résulterait qu'elles pourraient devenir irrévocables avant la déclaration principale expresse à laquelle elles se rattachent. Si l'on en retarde l'irrévocabilité jusqu'à la perception, c'est-à-dire jusqu'au moment où l'intéressé les aura connues, on revient à la solution qu'avait admise l'art. 74 P[1], sur le fondement de l'idée qu'il s'agissait encore de déclarations faites à la partie intéressée. En somme, le seul intérêt qu'il y ait à les rattacher, à ce point de vue, à l'une ou à l'autre des deux catégories, serait de pouvoir leur adapter franchement la théorie de la réception, dans la mesure où elle se trouverait leur convenir.

62. En réalité, la distinction entre manifestations de volonté et déclarations de volonté n'a de valeur qu'en tant qu'elle s'identifie avec la classification faite par le nouveau Code, entre les déclarations s'adressant à quelqu'un et celles qui ne s'adressent à personne. Dans tous les cas, il s'agit toujours de déclarations, et non de pures manifestations. Car il n'est aucun acte juridique qui n'intéresse que celui duquel il émane, et dont un tiers en particulier, ou les tiers en général, ne puissent tirer avantage ou subir un inconvénient. Aussi l'acte extérieur qui le réalise, à moins d'être un acte en l'air, doit être plus, et autre chose, que le moyen de produire au dehors une volonté interne; ce doit être l'affirmation publique d'un phénomène créateur de droit. Cette affirmation publique est toujours, à ce titre, une déclaration. Maintenant, cette déclaration peut, en outre, adopter une forme de transmission qui doive la faire parvenir à ceux qu'elle intéresse, ou être dépourvue de toute forme de ce genre. Dans le premier cas, elle est une déclaration s'adressant aux intéressés, et dans le second une déclaration ne s'adressant à personne. Mais, dans tous les cas, elle est plus qu'une simple manifestation extérieure de volonté (cf. HÖLD., p. 238). De sorte que, si l'on veut encore se servir de ce dernier terme pour l'opposer à déclaration, c'est à la condition d'en avoir précisé le sens juridique. Et, de cette façon, la distinction ainsi maintenue se confondrait avec la classification de l'art. 130; toute la question reviendrait encore à savoir si la déclaration tacite peut s'appliquer aux deux groupes. A cette question, l'opposition que l'on voudrait remettre en lumière entre manifestation et déclaration n'apporte plus désormais aucun élément nouveau de discussion.

63. Il faut, d'ailleurs, avoir soin de ne pas prendre le change; si l'on dénie aux déclarations faites à partie la possibilité de

s'adapter à la forme tacite, cela revient à dire que, toutes les fois qu'un acte juridique exige une déclaration qui s'adresse aux intéressés, cet acte devient impossible à réaliser sous la forme tacite. Il ne faut pas croire, en effet, lorsqu'il s'agit de certains actes, qu'il dépende de la volonté de celui qui les accomplit d'adresser ou non à la partie qui s'y trouve intéressée la déclaration par laquelle ils se réalisent. Si on laisse de côté toutes questions de formes et de solennités, dans les cas où la loi pût en exiger, conçoit-on un congé, un acte de résiliation ou d'annulation, une offre, enfin, se faisant par une déclaration qui, par sa nature, ne serait pas destinée à parvenir à la connaissance de celui que ces actes doivent toucher? Le fait qu'une déclaration soit adressée ou non à quelqu'un n'est pas un élément qui dépende toujours de la volonté des parties. Sans doute, il peut en être ainsi pour certaines déclarations, l'acceptation, par exemple, en matière de contrat (art. 151). Mais, pour d'autres, c'est un élément constitutif et essentiel de la forme de l'acte, en tant qu'il s'agit de sa manifestation juridique. Une offre, du moment qu'elle n'est plus à l'état interne, n'est une offre que lorsqu'elle est offerte, donc lorsqu'un acte extérieur a été réalisé en vue de la faire parvenir à celui qu'elle concerne; et de même pour tous les actes unilatéraux qui doivent produire leur effet à l'égard d'un tiers déterminé, lequel a droit d'en recevoir communication. Si donc on dénie à toute déclaration de ce genre la possibilité de se manifester tacitement, cela revient à dire que tous les actes de cette catégorie ne peuvent se faire que sous la forme expresse; de sorte qu'en dehors de l'acceptation de contrat, la forme tacite ne pourrait s'appliquer qu'aux déclarations ne s'adressant à personne. Or ce serait restreindre singulièrement le principe d'après lequel toute déclaration de volonté est valable en elle-même, et sous réserve des cas où la loi exige une forme spéciale, qu'elle soit tacite ou expresse.

64. En réalité, il ne faudrait cependant pas confondre déclaration et notification, ou plutôt le fait d'adresser avec le fait de notifier. La notification est la forme expresse de la transmission; mais celle-ci, lorsque la déclaration elle-même est tacite, doit forcément être tacite aussi, en ce sens qu'au lieu d'un mode de transmission directe, l'auteur de la déclaration doit être considéré comme ayant employé un procédé de manifestation qui ne doive réaliser la prise de connaissance que par voie d'interprétation des faits extérieurs, exactement comme le contenu de la déclaration lui-même ne doit se révéler que sous cette forme et par ce moyen.

Toute la question revient à savoir si la loi exige, dans tous les cas, une transmission expresse et, par suite, un mode de transmission directe. Or, qui dit transmission expresse dit déclaration expresse. Cette exigence reviendrait à exclure toutes les déclarations tacites, ce que la loi n'a pas fait, puisqu'elle a fait tout le contraire; ou, tout au moins, à les exclure dès que la déclaration fût transmissible, ce qui est sans doute la question en cause; mais ce qui aboutirait, comme on l'a vu, à restreindre si complètement le principe légal que déjà, *a priori*, on peut douter que cette solution soit dans les prévisions de la loi. Ce qu'il faut dire, c'est que tout fait dont la manifestation extérieure soit définitive, de telle sorte que, pour tout le monde, elle doive se présenter comme un acte irrévocable, pourvu que cet acte soit réalisé dans des conditions telles que, pour celui qui le fait, il soit manifeste que l'autre partie doive en avoir connaissance, est un fait dont la transmission tacite peut être considérée comme acquise, au point de vue tout au moins de la part qui revient à l'auteur de la déclaration : elle est réalisée du côté de celui qui adresse la déclaration.

65. C'est donc ici l'élément subjectif qui l'emporte; et il faut bien qu'il en soit ainsi, car le côté objectif de la transmission se réfère au procédé employé, et pour qu'il soit acquis, il faudrait un mode de transmission expresse. Le point principal est donc que, des faits extérieurs et des circonstances, doive ressortir l'intention, non seulement de faire telle ou telle déclaration, mais de la faire connaître à celui qu'elle intéresse. Toutefois le point de vue objectif se retrouve encore à ce point de vue que cette intention doit être révélée par les faits extérieurs; en ce sens que les circonstances, par voie d'interprétation, doivent, non seulement, comme le laisse entendre l'art. 161, manifester une déclaration de volonté, mais une déclaration faite à un tiers et destinée à être connue de lui. Cette formule est donc exclusive, avant tout, non seulement de toute intention de clandestinité, mais de tout fait de clandestinité. Ce n'est plus comme pour les déclarations qui sont de purs actes de maîtrise de la volonté, et qui n'ont à viser personne, comme une acceptation d'hérédité, un acte d'occupation ou d'abandon de la possession, par exemple. Ces actes, même volontairement clandestins, n'en réalisent pas moins un fait extérieur définitif, par lequel se révèle une volonté juridique. Ce fait extérieur, en tant qu'il traduit au dehors cette volonté et qu'il a pour but d'en établir une démonstration absolue à l'égard des tiers, est une déclaration suffisante, du moment qu'il s'agit d'actes ne devant s'adresser à personne; et il en serait ainsi éga-

lement d'une acceptation de vente, même clandestine, par le fait de la consommation des objets adressés par le vendeur, comme on l'a vu déjà (cf. Höld., p. 238). Mais ces faits extérieurs, suffisants à constituer une déclaration juridique, ne constitueraient pas une déclaration qui s'adresse à quelqu'un. Lorsqu'une déclaration de cette dernière espèce se trouve en cause, il faut donc, si elle est tacite, et pour que la matérialité en soit réalisée, que les faits extérieurs qui l'expriment révèlent, non seulement l'existence et le contenu de la volonté, mais l'intention qu'elle parvienne à la connaissance de l'intéressé; et cet élément de transmissibilité, au moins indirecte, n'est pas incompatible avec la forme tacite de la déclaration.

66. Très souvent, en effet, ces déclarations tacites résultent uniquement de relations déjà existantes entre les parties, relations telles que, si un acte juridique de telle espèce donnée, une offre de vente par exemple, doive se réaliser entre elles, il soit manifeste que la déclaration comporte telles ou telles clauses qui découlent de ces rapports d'affaires préexistants. Comment ne pas voir que l'intention, pour l'auteur de l'offre, d'en faire connaître tous les points accessoires à l'autre partie résulte de ces relations extérieures elles-mêmes, lesquelles sont connues des deux parties? Il est vrai que, dans ce cas, on pourrait dire encore que la déclaration tacite n'est pas indépendante de la déclaration expresse, et qu'il s'agit purement et simplement de l'interprétation de cette dernière, interprétation tirée des circonstances; ce qui est une hypothèse qui se distingue, comme on l'a vu, de celle actuellement en cause. Mais on pourrait supposer, en dehors de la circonstance pure et simple de relations préexistantes, ce qui implique, au regard de la prétendue déclaration tacite, une attitude purement passive chez celui qui en est l'auteur, un fait positif extérieur d'où résulte une modification de l'interprétation normale de la déclaration expresse : cette fois, il s'agit bien d'une véritable déclaration tacite, au sens qui a été indiqué. Si ce fait extérieur était connu des deux parties, il implique, sans aucun doute, révélation de l'intention, chez celui de qui il émane, de réaliser chez l'autre partie pleine et entière connaissance de la déclaration dont ce fait est l'expression : cela suffit amplement pour qu'il y ait déclaration tacite adressée à celui qui s'y trouve intéressé. (Cf. Zit, *loc. cit.*, p. 95.)

67. Ce point résolu, et étant admis qu'il peut y avoir sous forme tacite des déclarations s'adressant à partie, ou plutôt que ces dernières peuvent également se réaliser sous la forme

tacite, il s'agit de savoir quand se placera, si cette forme a été employée, le moment, pour la déclaration, de sa perfection et de son irrévocabilité.

68. Il importe toutefois de bien préciser la question qui se pose : il ne s'agit pas de savoir dans quelle mesure, et sous quelles conditions, ces déclarations tacites vont lier celui qu'elles concernent, ou plutôt vont produire contre lui l'effet juridique qu'elles avaient pour objet. Il s'agit de savoir quand, et sous quelles conditions, ces déclarations vont être reconnues existantes. Ainsi, supposons une déclaration tacite accessoire, modifiant l'interprétation normale de la déclaration principale expresse en matière de contrat. La question sera de savoir quand l'offre impliquée par cette déclaration accessoire se trouvera exister, en tant qu'offre visant une clause du contrat, par rapport à celui à qui ce contrat est proposé. Que l'on suppose, par exemple, que le moment admis soit celui de la réception, en dehors de toute connaissance effective de la part du destinataire, la conséquence à en tirer sera que, pour l'auteur de l'offre, cette offre accessoire tacite sera irrévocable par suite de la réception au même titre que l'offre principale. Mais que le destinataire accepte l'offre principale sans avoir eu connaissance de la clause accessoire, bien qu'à l'égard de cette dernière, il y ait eu offre valable, la question nouvelle qui se pose est toute différente; elle n'a plus rien à voir avec l'objet propre de l'art. 130. Le problème sera de savoir si, le consentement n'ayant pas porté sur la clause accessoire, le contrat principal pourra se conclure, ce qui est du domaine de l'art. 154; ou si le contrat principal se conclura, moins la clause accessoire; ou, enfin, à supposer cette dernière solution, s'il y aurait un recours pour erreur : toutes questions étrangères au point relatif à la validité et à l'efficacité de l'offre, en tant qu'il s'agit d'une offre, ou plutôt en tant qu'il s'agit d'une déclaration unilatérale; et c'est ce point seulement que cherche à résoudre l'art. 130, auquel il est temps de revenir.

69. Pour parler tout d'abord des déclarations ne s'adressant à personne, il va de soi, puisque, de droit commun, elles se réalisent par leur émission, que, si elles se manifestent tacitement, leur efficacité sera acquise par la réalisation définitive du fait par lequel se traduit la déclaration, sans exiger qu'il y ait réception de la part d'un intéressé. Si, cependant, ce fait était lui-même un fait juridique dont la déclaration impliquât réception, comme dans l'exemple, déjà cité, d'une acceptation d'hérédité résultant d'une remise de dette à l'un des créanciers de la succession, la

déclaration tacite, impliquée dans la déclaration expresse, ne serait parfaite et irrévocable que lorsque cette dernière se trouve le devenir: ce qui implique, pour ce qui est de l'exemple indiqué, réception de l'acte de remise de dette.

70. Mais, revenant aux déclarations visées par l'art. 130, celles qui exigent réception de la part d'autrui, c'est encore la théorie de la réception qu'on a voulu appliquer aux déclarations tacites; et par là s'explique la suppression, dans le texte définitif, de la mention de ces dernières, telle qu'elle se trouvait écrite dans l'art. 74 P[1]. Seulement, la réception varie suivant la nature des déclarations; et l'on a déjà vu que, pour certaines déclarations, même expresses, comme les offres à l'étalage, elle ne peut guère se réaliser que par la perception. L'art. 74 P[1] avait cru qu'il en serait toujours ainsi pour les déclarations tacites. Très certainement, ce sera le cas pour celles qui ont le caractère d'une déclaration principale, au moins en principe. Celui qu'elles concernent, qui n'est pas prévenu, par la réception d'aucune communication antérieure, qu'un acte juridique. fait à son égard, puisse avoir été réalisé, et qui, d'autre part, ne reçoit aucune notification de la déclaration par laquelle cet acte s'est traduit à l'extérieur, mais qui doit en prendre connaissance d'après les faits qui l'expriment, ne peut avoir, pour ce qui est de lui, à tenir cet acte pour existant, que lorsqu'il a fait lui-même l'interprétation à laquelle on l'oblige, donc lorsqu'il en a pris connaissance. On ne voit pas bien, du reste, comment, s'agissant de faits matériels ne constituant pas un procédé de transmission, et n'impliquant aucune manifestation dirigée vers l'intéressé, il pourrait être question de distinguer entre réception et perception. Il faudrait donc, pour qu'il en fût autrement, que ces faits matériels eussent été annoncés par lettre ou par voie de communication quelconque, faite par intermédiaire, à celui qu'ils concernent, de telle sorte que la communication portât uniquement sur le fait lui-même, sans en tirer directement et expressément la conclusion juridique qu'en déduisait l'auteur de la déclaration. Mais, du moment que, pour ce dernier, la conclusion dût résulter de la communication faite, et que celle-ci avait pour but, dans sa pensée, de faire connaître cette conclusion qu'il croyait manifeste, on devrait conclure aujourd'hui, d'après les théories généralement admises, qu'il s'agit là encore de déclaration expresse; car le procédé employé est celui d'un mode de transmission directe. Il est vrai que la déclaration ne se révèle que par voie de déduction et d'interprétation; mais il est reconnu que cette circonstance ne détruit pas la valeur

formelle du procédé employé. Et, si, d'autre part, la déclaration ne se présente que sous une forme secondaire et indirecte, on sait que ce criterium, proposé par Savigny, entre les déclarations directes ou indirectes, est assez universellement rejeté aujourd'hui, comme base de distinction entre la forme expresse et la forme tacite.

Cette difficulté à part, il faut donc convenir, au moins comme principe général, que, s'agissant de déclarations principales tacites, le seul moyen matériel d'en réaliser la réception est d'en exiger la perception effective par la prise de connaissance de la part de celui qu'elles concernent. Sinon, il faudrait se contenter d'une possibilité de prise de connaissance; cette possibilité correspondant à ce qu'est la réception pour les déclarations expresses. Mais qui ne voit la différence des hypothèses? La déclaration expresse se caractérise par un procédé de transmission qui va, en quelque sorte, trouver le destinataire, et qui fait de la prise de connaissance la présomption légale pour tout le monde. Au contraire, lorsque ce procédé de transmission directe fait défaut, c'est au destinataire, en quelque sorte, à aller prendre connaissance. La déclaration lui est bien encore adressée; mais en ce sens seulement que l'on fait appel à une démarche, et comme à un fait positif de sa part, pour réaliser la perception que l'on demande de lui. Dès lors comment présumer, par le seul fait que cette démarche était possible, qu'elle a été faite, et que, par le seul fait que la prise de connaissance a pu avoir lieu, elle se soit réalisée? Donc, la présomption qui, dans l'hypothèse normale de l'art. 130, fait de la réception une simple possibilité de prise de connaissance, se trouvait faire absolument défaut, lorsqu'il s'agit de déclarations tacites. Aussi faut-il, pour ces dernières, identifier réception et perception.

Il le faut d'autant plus que l'expression employée par l'art. 130, pour caractériser ce que l'on est convenu d'appeler le système de la réception, implique l'idée, très nettement précisée, que la déclaration touche en quelque sorte le destinataire, qu'elle va à lui, qu'elle lui parvient, pour employer enfin les termes mêmes du texte. C'est le fait de parvenir à destination, sans exiger que le destinataire prenne connaissance effective. Mais cette distinction, entre l'arrivée à destination et l'arrivée à la connaissance du destinataire, est parfaitement admissible là où il y a un procédé de transmission qui aille porter la déclaration à destination. Lorsque ce procédé fait défaut, la déclaration ne peut parvenir à destination qu'en touchant le destinataire. L'arrivée au destinataire réalise seule, en pareil cas, l'arrivée à destination. Voilà

pourquoi l'art. 130 a pu vouloir dire qu'il laissait les déclarations tacites sous l'empire du droit commun en matière de réception; c'est que la réception est une arrivée à destination, laquelle se réalise suivant les possibilités fournies par chaque hypothèse. Or, dans l'hypothèse d'une déclaration tacite, il n'y a possibilité de la réaliser que par la prise de connaissance effective.

71. Mais la question pourra paraître beaucoup plus douteuse lorsqu'il s'agit de déclarations tacites qui fussent l'accessoire d'une déclaration principale, comme dans les hypothèses visées aux art. 164 et 700. Sans doute, il faut les supposer indépendantes de l'interprétation de la déclaration principale; sinon elles feraient corps avec elle et se réaliseraient par la seule réception de cette dernière. Mais, même en les supposant indépendantes, n'est-ce pas encore cette solution qui doive s'imposer; et celui de qui elles émanent n'a-t-il pas entendu solidariser les unes et les autres, au moins si l'on admet qu'elles soient concomitantes? Il va de soi que, si la modification accessoire de la déclaration principale résultait d'une déclaration postérieure, qui, sous sa forme tacite, se fût révélée postérieurement, l'existence de cette déclaration accessoire, par exemple une clause additionnelle jointe après coup à une offre de contrat, ne serait définitive que par le seul mode de réception que l'on puisse concevoir, au moins en général, en matière de déclarations tacites, c'est-à-dire par la perception; sauf, bien entendu, si celle-ci ne se réalise qu'après acceptation de l'offre principale, à appliquer, suivant les cas, les dispositions de l'art. 154.

72. Mais, si l'on imagine au contraire la clause accessoire résultant d'une déclaration concomitante à l'offre principale, bien qu'elle se déduisît d'un fait extérieur que l'auteur de l'offre supposait connu du destinataire, mais réalisé dans des conditions suffisantes pour en faire véritablement une déclaration tacite indépendante, ne faudrait-il pas en placer la réception à la réception de l'offre principale? Il est indubitable, en effet, que celui de qui émane la déclaration a cru que le seul fait de la déclaration expresse suffirait à attirer l'attention du destinataire sur les circonstances extérieures d'où les clauses accessoires dussent se déduire; et, dans sa pensée, clauses principales et clauses accessoires étaient censées devoir être connues en même temps. Que résulterait-il d'ailleurs de l'opinion contraire? C'est qu'à supposer la déclaration accessoire restée inconnue au moment où l'autre parvient à destination, non pas que les circonstances qui la révèlent fussent restées ignorées, mais parce que l'interprétation exacte n'en

aurait pas été tirée, la clause accessoire resterait encore révocable, alors que la déclaration principale ne le serait plus. En soi, cela paraît inadmissible; pas absolument cependant, puisque celui qui a reçu la déclaration expresse est supposé n'avoir pas connu les autres clauses qui l'accompagnaient et que, dans sa pensée, il n'a pas solidarisé les unes avec les autres; aussi la révocation de l'accessoire ne change rien à l'état de choses qu'il a cru être le vrai. Mais l'expéditeur, au contraire, a considéré qu'au moment de la réception de l'offre tout était consommé. N'y a-t-il pas pour l'autre partie, même à son insu, un droit acquis à ce qu'il en soit ainsi; et lorsqu'elle prend connaissance de la clause accessoire, même si une révocation est intervenue dans l'intervalle qui s'est écoulé entre la réception de l'offre et la perception qui vient de se réaliser de la déclaration accessoire, n'a-t-elle pas le droit de faire rentrer, dans l'offre principale, laquelle est définitivement acquise, toutes les clauses qui, dans l'intention même du pollicitant, devaient en faire partie? La réception de l'offre vaudrait pour toutes les déclarations accessoires concomitantes. Du moins cette solution peut-elle se défendre; et l'on peut croire qu'elle ait pour elle la suppression, dans le texte définitif, de toute allusion aux déclarations tacites, laquelle n'a eu pour but que de rendre plus souple, plus nuancée, plus conforme à la diversité des faits et à la divergence des intentions, l'application de l'art. 130. Il va de soi, d'ailleurs, bien que les clauses accessoires aient été l'objet d'une offre valable, que, si le destinataire accepte la déclaration principale sans avoir eu connaissance des autres, son acceptation ne porte pas sur ces dernières. Il n'y a pas accord sur tous les points du contrat; et l'art. 154 s'appliquerait.

73. Mais de ce que la déclaration tacite n'est parfaite que par sa réception, entendue le plus souvent de la perception véritable, n faudrait-il conclure, comme semblait le faire l'art. 74 P[1], que c'est à ce moment aussi, et seulement à cette date, qu'elle prendrait une existence indépendante, susceptible d'échapper à la révocation de plein droit par suite de décès ou d'incapacité? Rien ne justifierait cette conclusion. Tout d'abord, il est certain, pour les déclarations qui dépendent d'une autre, considérée comme principale, et donnée en la forme expresse, qu'elles acquièrent une indépendance propre par l'émission de cette dernière; et cela même s'il s'agit de véritables déclarations accessoires tacites ne faisant pas corps avec la première. Si elles lui sont antérieures, du moment qu'elles dépendent juridiquement d'une déclaration à intervenir, tant que celle-ci n'a pas été émise, elles sont elles-mêmes comme

non avenues. Mais dès l'émission de la déclaration principale, elles se joignent à elle pour constituer comme le contenu d'ensemble de la déclaration. Leur émission concorde avec l'autre. Si elles sont postérieures, il faut, pour que leur émission soit acquise, que le fait matériel qui leur sert d'expression tacite, soit réalisé et définitif. Mais dès qu'il en est ainsi, elles deviennent également l'accessoire de la clause principale antérieurement émise; et l'émission de cette dernière donne à la réalisation matérielle du fait qui les constitue la valeur d'une émission juridique.

74. — La question ne pourrait donc se poser que pour les déclarations principales en elles-mêmes, qui ne se rattachent à aucune autre clause dont elles soient la dépendance. Il n'y a pas à citer l'hypothèse d'une acceptation de contrat, lorsqu'elle est dispensée de réception et que, par suite, elle peut être tacite (art. 151); puisqu'elle rentre alors parmi les déclarations valables et parfaites, indépendamment de toute notification, celles que ne vise pas l'art. 130. Ces dernières, par le seul fait de l'émission, donc par le seul fait de la réalisation matérielle des circonstances qui en constituent la forme extérieure, non seulement échappent à la révocation par décès, mais sont déjà parfaites et deviennent irrévocables, même par acte de volonté. Tout ce que l'on pourrait se demander, ce serait de savoir si l'acte matériel qui leur sert de manifestation n'est pas susceptible de deux degrés d'exécution, l'un qui réalise toute la participation de celui qui fait la déclaration et l'autre qui lui soit étranger et comme extérieur; auquel cas l'indépendance de la déclaration, par rapport au décès, pourrait déjà, comme on l'a vu, être acquise par le premier degré d'exécution, correspondant au dessaisissement, sans attendre la pleine efficacité qui doive suivre.

75. Mais, pour revenir aux déclarations principales impliquant le fait de s'adresser à un tiers, et réalisées sous forme tacite, et l'on pourrait songer à une déclaration d'option en matière d'alternative ou d'annulation en matière de vice du consentement, faudra-t-il attendre que l'intéressé en ait pris connaissance, pour que le décès ou l'incapacité survenue, de celui de qui émane la déclaration, soit sans influence au point de vue du maintien de cette dernière? Ce serait tout à fait inacceptable. Lorsque le fait d'où se déduit la déclaration existe à l'état indépendant, lorsqu'il est définitif, et qu'il existe avec les caractères extérieurs qui doivent révéler l'intention, de la part de celui qui en est l'auteur, que sa volonté soit connue de l'autre partie, cette manifestation de volonté prend, à l'égard de celui de qui elle émane, un caractère d'indépendance,

aussi complet que s'il s'agissait d'une déclaration expresse qu'il ait émise. Par suite, les conséquences juridiques de cette émission tacite doivent être les mêmes que celles de l'émission expresse. A déclaration tacite correspond émission tacite; comme on a déjà vu qu'il faille en déduire le principe de la transmission, ou de la notification, tacite. L'idée que cette déclaration ne puisse être connue que par voie de déduction, ce qui permettrait de la part de son auteur telle modification qui en changeât l'interprétation, de telle sorte qu'il n'y ait pas encore dessaisissement de sa part, est parfaitement inexacte; car ces modifications sont à la déclaration tacite ce que serait la révocation à la déclaration expresse. La révocabilité qui reste possible après émission, et sous les conditions de l'art. 130, n'empêche pas la déclaration émise d'avoir, dès ce moment, une valeur propre qui survive à son auteur. Il en est de même des possibilités de modifications à apporter aux faits constitutifs d'une déclaration tacite : elles valent comme révocation tacite, valable sous condition de réception, c'est-à-dire de perception réelle, antérieure ou concordante à la prise de connaissance, ou, d'une façon plus exacte, à la réception de la déclaration tacite précédemment émise, et résultant de ces faits eux-mêmes.

§ 5

76. L'art. 130 prévoit le cas, enfin, où une déclaration devrait être adressée à une autorité. Ce pourrait être une déclaration constituant un acte juridique unilatéral de caractère spécial, tel qu'il ne puisse exister que par rapport à une autorité; par exemple, la déclaration prévue par l'art. 376, et qui devra être faite à la Caisse des dépôts, celle adressée, d'après l'art. 928, à l'office des registres fonciers, et autres exemples cités par Zitelmann (*loc. cit.*, p. 98. Cf. Endem, p. 283, note 3; art. 976; 1577 § 2, 1679 § 2, 1748 § 1, 1945 § 1.) Ce pourraient être aussi des déclarations faites à une autorité, comme elles auraient pu être adressées à un particulier, par exemple, une offre de contrat; de même certaines déclarations en matière d'inscription aux livres fonciers qui peuvent être faites soit au magistrat préposé aux registres, soit à la partie intéressée (art. 875, 876.) D'ailleurs, quand une déclaration de cette seconde espèce est faite à une autorité, elle doit être traitée, au point de vue qui nous occupe, comme celles qui ne pourraient s'adresser qu'à une autorité et non aux particuliers. Il n'y a donc sous ce rapport aucune distinction de ce genre à introduire. La seule question serait de savoir si les actes unilatéraux qui sont spé-

ciaux aux rapports avec certaines autorités, et qui rentrent ainsi au nombre des formalités administratives donnent lieu à des déclarations qui doivent être considérées ou non comme adressées à un intéressé. On prétend, en effet, que le fonctionnaire qui les reçoit n'en est pas le vrai destinataire. Le fait d'adresser la déclaration à une autorité ne serait qu'une forme spéciale s'appliquant à une déclaration impersonnelle, et non adressée à partie (cf. ENDEM, p. 283, note 2 et 3). Si cela était vrai, il faudrait en conclure que ces déclarations administratives seraient parfaites par leur émission; ce qui serait aller à l'encontre de l'art. 130, qui est déclaré applicable à toutes les déclarations faites à l'égard d'une autorité sans distinction. Donc, de toutes façons, l'art. 130, s'applique intégralement aux déclarations faites aux autorités; et, par suite, le moment, soit de leur prise d'indépendance par rapport au décès, soit de leur pleine efficacité et irrévocabilité, est fixé d'après les mêmes règles que celles applicables aux déclarations adressées aux particuliers. La seule distinction que l'on ait entendu faire, et encore l'art. 130 ne la laisse pas soupçonner, est qu'à l'égard des autorités on n'admet pas de déclarations tacites. C'est pour cette raison que l'art. 74 P[1] n'appliquait pas aux déclarations adressées aux autorités celles de ses dispositions qui visaient les déclarations tacites. Mais toute mention de ce genre ayant disparu de l'art. 130, il n'y avait plus de raison pour ne pas faire à cette hypothèse application du texte dans son intégrité (PR. 71). On peut se demander toutefois si cette exclusion des déclarations tacites n'est pas formulée par les auteurs sous une forme un peu absolue. Elle est évidente pour les actes unilatéraux de caractère administratif dont il a été question, et d'une façon générale pour tous les actes à l'égard desquels l'autorité ne peut être considérée comme un tiers intéressé. Mais, lorsque celle-ci agit comme gérant des intérêts privés de l'administration, et à supposer, par exemple, une offre ou une acceptation de contrat, pourquoi ne pas admettre la forme tacite, soit pour les clauses accessoires, soit pour l'acceptation, lorsqu'elle est dispensée de notification (art. 151)?

§ 6

77. Toute la réglementation de l'art. 130 vise les déclarations entre absents. Le Code civil a cru inutile de parler expressément des déclarations entre présents. Il va de soi que, dans ce cas, on s'exprime pour être entendu et compris, et que la déclaration n'est

censée acquise que lorsque la partie à laquelle elle s'adresse l'a perçue et en a pris connaissance : théorie de la perception. On aurait pu objecter, sans doute, que, si l'on s'adresse, par exemple, à un sourd ou à quelqu'un qui ne vous comprenne pas, il y a réception par suite de l'expression verbale donnée à la déclaration et que l'on aurait pu encore distinguer entre réception et perception. Ce serait une erreur; car la réception n'est tenue pour suffisante entre absents que parce que, normalement, il aurait dû être possible au destinataire de prendre connaissance de la déclaration à l'arrivée à destination, et que l'expéditeur a cru qu'il en serait ainsi; d'autant qu'il n'était pas à même de vérifier s'il n'en a pas été ainsi. Entre présents, si l'on s'adresse à un sourd, son infirmité elle-même excluait la possibilité de toute perception au moment où la déclaration est transmise, lorsqu'elle l'est oralement; de sorte que la prétendue réception eût été exclusive de toute vraisemblance de perception, alors que, d'autre part, l'auteur de la déclaration a pu vérifier qu'il n'était pas entendu et qu'il a su que sa déclaration n'était pas perçue : il l'a donc considérée lui-même comme non avenue. Comment pourrait-on alors lui en imposer déjà à lui-même, et par le fait seul, l'irrévocabilité? Tout au plus pourrait-on considérer, en pareil cas, la prétendue réception comme un fait d'émission auquel dût s'appliquer la théorie de la survivance au décès. Mais quant à la perfection et à l'irrévocabilité de la déclaration, il n'est pas douteux qu'il faille exiger une perception réelle, que la déclaration soit orale ou écrite (Pl., p. 180). Il faut en conclure que, dans ce cas, à l'opposé de ce qui se passe lorsque le destinataire est absent, on tiendrait compte de l'inconscience de celui à qui est adressée la déclaration, lorsqu'au moment où l'autre partie s'adresse à lui il est dans un état qui ne lui permet pas de se rendre compte de ce dont il s'agit. (art. 105; cf. Zit., *loc. cit*, p. 96). Il y aurait exception toutefois à la nécessité d'une perception réelle, si celui à qui la déclaration s'adresse, sans être dans un état d'inconscience ou de trouble passager (art. 105, § 2), refusait de prendre connaissance de la déclaration; par exemple, s'il repousse l'écrit qu'on lui présente sans vouloir le lire, ou encore s'il refuse d'écouter la déclaration qui lui est faite.

78. Ajoutons que, si les parties communiquent par l'intermédiaire du téléphone ou par celui d'un signal visible pour elles deux (cf. Höld., p. 291), la déclaration vaut comme ayant lieu entre présents. Pour ce qui est du téléphone, l'art. 147 le dit expressément des offres de contrat. On a craint, en généralisant

cette assimilation, pour l'appliquer tout au moins à toutes les déclarations qui s'adressent à partie intéressée, que la formule pût paraître un peu trop absolue; et l'on a préféré laisser à la doctrine et à la pratique le soin de résoudre ces questions. Comme principe, tout le monde est d'accord; car l'éloignement des parties ne fait rien à l'affaire, pas plus que la circonstance qu'elles ne peuvent s'apercevoir et constater leur identité. Ce qui est décisif, c'est le fait qu'entre l'émission de la déclaratien et la perception, il n'y a aucun intervalle appréciable et que les paroles échangées sont connues de celui à qui elles s'adressent au moment même où elles sont prononcées; elles vont directement de l'un à l'autre et sans intermédiaire. Celui qui les prononce sait donc qu'elles doivent être perçues sur le fait; et c'est cette conscience d'une perception directe qui lui donne le sentiment que sa déclaration n'existe que si celui à qui il s'adresse en a connaissance. Sans doute, si ce dernier ne l'entend pas ou le comprend mal, il lui est moins facile, n'étant pas sur place, de s'en apercevoir. Mais celui à qui il s'adresse peut l'en avertir; de sorte que cette circonstance ne change rien aux conditions de la perception directe. Si donc le destinataire à qui avait été faite une déclaration répond qu'il n'a pas entendu, l'autre partie peut encore revenir sur ce qu'elle avait proposé : il n'y a pas encore déclaration irrévocable, bien qu'il y ait eu déclaration émise. Ici encore, il ne faut pas faire de l'émission une sorte de réception qui serait suffisante à la perfection de la déclaration (cf. Pl. p. 181.)

Art. 131. — Lorsque la déclaration de volonté est adressée à un incapable, elle n'acquiert son efficacité qu'au moment où elle parvient au représentant légal.

Il en est de même lorsque la déclaration est faite à une personne n'ayant qu'une capacité restreinte. Si celle-ci, cependant, doit retirer de la déclaration un pur avantage juridique, ou s'il s'agit d'une déclaration que le représentant légal ait autorisée, la déclaration devient efficace au moment même où elle parvient à la personne de capacité restreinte.

1. L'art. 131 est la contre-partie des art. 105 et 111, qui supposent un acte juridique émanant de l'incapable, point de vue actif; tandis que l'art. 131 suppose l'acte fait par un autre à l'égard de l'incapable, point de vue passif. Il faut remarquer toutefois, s'il s'agit d'un demi-incapable, le mineur, par exemple, et ceux qui lui sont assimilés (art. 114), que la réciprocité des deux points de vue n'a plus exactement le même objet. L'art. 111, qui concerne

le point de vue actif, vise l'acte juridique unilatéral qui émanerait du mineur. Il ne parle plus de déclaration. L'art. 131, lequel se place au point de vue passif, et dont la seconde disposition vise le mineur et les incapables de l'art. 114, parle de déclaration de volonté, et non d'acte juridique. La concordance n'est donc parfaite que pour les personnes frappées d'incapacité absolue : toute déclaration de volonté émanant d'elles est nulle (art. 105); et toute déclaration de volonté à elle adressée est nulle (art. 131), au moins sous les conditions qui vont être étudiées et dans le sens qui va être précisé.

2 La déclaration de volonté, au contraire, qui émane d'un demi-incapable n'est pas nulle par elle-même; c'est que la preuve n'est pas faite que la volonté soit atteinte d'une incapacité réelle. La loi n'a en vue qu'un but de protection; et voilà pourquoi, sans parler de la déclaration elle-même, elle ne vise que l'acte juridique qui en résulte, pour l'annuler sous les conditions de l'art. 111. Pour que la déclaration fût nulle en elle-même avant de l'être dans ses effets, il faudrait établir que le demi-incapable est en outre un inconscient au sens de l'art. 105 § 2. Si donc la déclaration émane du mineur, même non autorisé, elle a en soi une existence juridique valable, en ce sens que déjà par le fait de son émission, elle devient indépendante du décès survenu ou d'un changement de capacité qui transformerait la capacité restreinte du mineur en incapacité absolue (art. 130). Seulement, si cette déclaration, à supposer que ce soit une offre, est acceptée, c'est alors que l'effet qui doit en résulter, c'est-à-dire le contrat, se trouve soumis à la nullité particulière de l'art. 108; ou, enfin, si cette déclaration devait produire ses effets sans avoir besoin d'autre consentement et qu'elle constituât un acte juridique unilatéral, elle existe bien en tant que déclaration valable, mais l'acte juridique qu'elle aurait dû produire est nul conformément à l'art. 111.

3. Au contraire, lorsque la déclaration est adressée à l'incapable, même au mineur, ce n'est plus seulement l'acte juridique, contrat ou acte unilatéral, qui dût en résulter qui se trouve nul; c'est, avant d'en arriver à cet acte lui-même, la déclaration de volonté qui, en principe, se trouve non avenue, et comme inexistante, ou plutôt, car ici les expressions ont leur valeur, qui est inefficace. La raison en est que, pour recevoir valablement une déclaration, indépendamment même de la question de savoir si la loi lui permettra de produire ses effets, il faut être capable d'en apprécier la portée juridique, de se rendre compte des conséquences qu'elle peut comporter et de l'attitude qu'il y ait à

prendre vis-à-vis d'elle : tout incapable, même celui qui n'a qu'une demi-incapacité, est présumé n'être pas à même de se livrer à ces appréciations. De sorte que c'est la déclaration elle-même qui, tant qu'elle ne touche que l'incapable lui-même et que lui seul la reçoit, n'est pas susceptible de prendre sa perfection définitive et de devenir productive d'effets. Il en serait ainsi, non seulement d'une déclaration constitutive d'acte juridique unilatéral, tel qu'une déclaration de congé ou de résiliation, mais d'une offre de contrat. Si l'incapable n'est qu'un demi-incapable, un mineur par exemple, et qu'il accepte l'offre, il n'a pas à faire intervenir la nullité de l'art. 108, car le contrat ne s'est pas formé : l'acceptation s'appliquait à une offre qui n'avait pas encore d'existence légale. Au contraire, si l'offre vient du mineur, elle est valable comme telle; et l'acceptation du destinataire la transforme en un contrat qui ne peut être détruit que sous les conditions de l'art. 108. Il en est de même si l'offre avait été adressée au réprésentant du mineur et que le mineur l'eût acceptée de son chef sans autre autorisation. Donc en principe toute déclaration reçue par un incapable, et même par un demi-incapable, est inefficace. Tel est le principe. Ce principe posé, il y a lieu cependant de distinguer encore entre les incapables proprement dits et ceux qui n'ont qu'une capacité restreinte.

4. S'agissant d'incapables proprement dits, l'art. 131 ne dit pas à proprement que la déclaration à eux adressée soit nulle, mais qu'elle est inefficace, tant qu'elle n'est pas reçue par le représentant légal : l'individu frappé d'incapacité est donc incapable de recevoir valablement une déclaration de volonté. Voilà tout ce que dit l'art. 131. L'art. 66 P[1] s'exprimait tout autrement; c'est l'acte juridique qu'il déclarait sans effet, du moment qu'il était accompli à l'égard de l'incapable. Ce que l'on a voulu, et cela pour les raisons déjà indiquées, c'est que la déclaration elle-même ne pût être considérée comme ayant une existence définitive aux yeux de la loi lorsqu'elle était reçue par l'incapable. C'est une incapacité de réception dont il s'agit, plutôt que d'une nullité de la déclaration. Il en résulte que la déclaration est valablement et régulièrement émise au point de vue de l'application de l'art. 130, pour le cas de décès ou d'incapacité de celui de qui elle émane. Le premier acte d'exécution de la réalisation matérielle de la déclaration vaut aux yeux de la loi; c'est le second qui ne peut s'accomplir avec la participation de l'incapable. Il ne peut s'accomplir que par l'intervention de son représentant; lui seul a

qualité pour représenter l'incapable pour la réception d'une déclaration juridique (cf *Pr.* I, 62 et 72; VI, p. 132).

5. Donc, pour que la réception soit acquise, et pour que la déclaration ait sa perfection juridique, il faut que cette déclaration parvienne au représentant de l'incapable, et, par suite, qu'elle soit reçue par lui, ce qui ne veut pas dire acceptée; mais reçue au sens de l'art. 130. C'est à ce moment que se place son efficacité, et à ce moment qu'elle est susceptible de produire ses effets. C'est à ce moment qu'elle commence à pouvoir être acceptée, s'il s'agit d'une offre de contrat; à ce moment qu'elle se transforme en un acte juridique déjà réalisé, s'il s'agit d'acte unilatéral qui tire son existence de la déclaration, sans avoir besoin d'acceptation, et qui ne repose pas sur l'accord des volontés. Le moment où la déclaration acquiert ainsi sa perfection n'est pas reporté rétroactivement à l'instant même où cette déclaration avait été reçue par l'incapable : la réception par l'incapable est non avenue, il n'y a pas à en tenir compte.

6. Seulement, si la déclaration est valable, dès qu'elle est reçue par le représentant de l'incapable, et par cela seul qu'elle lui parvient, c'est que celui de qui elle émane, tout en l'adressant personnellement à l'incapable, était censé avoir voulu également l'adresser à son représentant, au moins éventuellement, comme dit Planck (p. 183). Une déclaration ne peut être valablement reçue par quelqu'un que s'il s'agit d'un destinataire voulu par celui qui fait la déclaration, donc que si cette dernière a été adressée intentionnellement à celui qui la reçoit (cf. Höld., p. 295). Aussi Planck (*loc. cit.*) examine-t-il l'hypothèse, assez peu vraisemblable il est vrai, où l'expéditeur n'aurait pas voulu que la déclaration s'adressât au représentant de l'incapable, à supposer que la preuve en fût faite. Et alors, dans ce cas, même si la déclaration lui parvient, elle reste dépourvue d'existence juridique; car sa réception par l'incapable est non avenue, et sa réception par le représentant de celui-ci est également inefficace, de par la volonté de celui de qui elle émane. Planck remarque à ce sujet que le texte ne dit pas que la déclaration devienne valable si elle parvient au représentant; ce qui serait une simple condition d'efficacité de la réception émanant de l'incapable, celle-ci devenant valable sous cette condition. Il porte que la déclaration ne saurait devenir efficace avant qu'elle parvienne au représentant; ce qui implique que la véritable réception, destinée à fonder l'efficacité, c'est la réception par ce dernier. Ce n'est pas une condition destinée à valider l'appropriation que l'incapable

aurait déjà faite de la déclaration à lui adressée; c'est un acte nouveau et indépendant, qui se passe entre l'auteur de la déclaration et le représentant légal. Il faut donc qu'il ait été voulu par la partie qui en prend l'initiative.

7. La conséquence à tirer de l'art. 131 est que toute déclaration de volonté, intéressant directement un incapable, doit être adressée au représentant de celui-ci. Si elle est envoyée à l'incapable lui-même, elle n'est pas nulle par le fait même, car, de toutes façons, elle reste valablement émise et ne serait pas révocable de plein droit par le décès de celui qui l'a faite. Seulement, elle ne peut être valablement reçue par l'incapable. Aussi considère-t-on qu'elle est adressée éventuellement au représentant de celui-ci, lequel a qualité pour la recevoir, qualité non seulement de par la loi, en ce sens qu'il a pouvoir pour représenter l'incapable pour un acte de ce genre; mais qualité de par la volonté de l'intéressé, puisque la désignation du destinataire d'une manifestation de volonté est une question de fait, et non une question de droit, et qu'il s'agit d'une désignation strictement personnelle, que seul peut faire celui dont la volonté a mis en mouvement la déclaration elle-même; il l'adresse à qui il veut. Dès qu'elle parvient ainsi au représentant de l'incapable, elle devient efficace à ce moment, et non à la date antérieure à laquelle elle aurait été reçue par l'incapable.

8. Mais toute cette réglementation ne s'applique d'une façon stricte, et d'après les termes du texte, qu'aux déclarations émises à l'égard d'un incapable, ce qui suppose l'incapacité déjà existante lors de l'émission; et il faut, en effet, qu'il en soit ainsi, au moins *à priori*, pour que l'expéditeur soit censé avoir eu en vue une double destination, l'une à l'incapable, pour le cas où il aurait repris capacité suffisante, l'autre à son représentant légal. Mais l'on peut se demander comment se ferait l'application du texte pour le cas où l'incapacité ne fut survenue qu'après l'émission : au moment où parvient la déclaration, son destinataire se trouvait frappé d'incapacité.

9. Une première question doit alors se poser, qui est également commune au cas de décès, et qui serait de savoir si, dans ce cas, il n'y a pas révocation de plein droit; subsidiairement, il y a à se demander, à supposer la déclaration subsistant, comment, au cas d'incapacité, pourrai se faire la réception, et par qui.

On a déjà vu, sur le premier point, les scrupules qui ont fait, de la part de la seconde commission, supprimer le maintien de plein droit de l'offre de contrat pour le cas de décès ou d'incapacité de celui à qui elle s'adresse : il s'agissait, en effet, d'une pure

présomption de volonté. Car il ne pouvait y avoir, du côté passif, les mêmes objections de principe que du point de vue actif. Lorsque c'est l'auteur de l'offre qui vient à décéder, on peut dire, en effet, que sa volonté ne subsiste plus, en tant que volonté réelle, au moment où l'offre parvient à son destinataire, et qu'il n'y a plus alors que la représentation toute fictive d'une volonté disparue. Même s'il voulait qu'il en fût autrement, sa volonté serait non avenue, car la volonté ne peut rien contre un fait qui ne dépend pas d'elle : elle ne peut changer les faits. Toutes ces objections n'ont pas empêché l'art. 130 de se décider en faveur du maintien de l'offre, dès qu'elle a pris, de par la volonté de son auteur, une existence juridique propre et indépendante. L'acceptation ne se fait plus avec une volonté subsistant réellement; mais elle s'adresse à une volonté qui s'est déjà liée elle-même par avance au moment où elle s'est déclarée. Cette théorie nouvelle suppose l'admission du principe du droit allemand qu'une volonté unilatérale peut déjà s'engager elle même. Celui qui fait l'offre s'engage sous condition d'acceptation; l'acceptation ne fait que donner son efficacité à un droit préexistant déjà à l'état virtuel; et si l'on suppose le décès survenant entre l'émission et la réception, ce qu'il faut dire c'est que le droit créé sur lui-même par le pollicitant se révèle à l'égard de celui auquel le pollicitant s'adressait, comme un droit susceptible de prendre corps, et de produire ses effets par l'adhésion de celui à qui il se trouve ainsi manifesté.

10. Aucune de ces difficultés de principe ne se présentait au point de vue passif; car lorsque l'acceptation intervient après décès, — et dans ce cas elle ne peut venir que des héritiers, — on ne considère pas, par une sorte de fiction, que ce soit la volonté du destinataire véritable qui subsiste, et que rapportent ou que représentent, ses héritiers. Mais il s'agit de savoir, plus simplement, si l'expéditeur a entendu adresser l'offre, à son destinataire d'abord, et éventuellement à ses héritiers; ou encore l'adresser à tel destinataire actuellement capable, et la maintenir à son égard, s'il devenait incapable. Ce n'est plus qu'une question d'intention présumée. Or, c'est précisément à propos de l'incapacité que les doutes se sont surtout élevés; autant la présomption de maintien était légitime au cas de décès, au moins pour tous les contrats dans lesquels la considération de la personne ne joue aucun rôle, autant devenait-elle suspecte, lorsque le destinataire était frappé d'incapacité. Il devenait peu probable que l'auteur de l'offre eût consenti à l'adresser à un incapable (*Pr.* 87). Aussi, a-t-on préféré n'établir aucune présomption

légale, ni pour ni contre, tout en laissant à l'interressé le soin de faire sa preuve.

11. Or, ce qui est vrai en matière d'offre de contrat doit l'être, comme principe tout au moins, en matière d'actes juridiques unilatéraux, pour les déclarations destinées à réaliser un acte de ce genre, et qui doivent être adressées à l'intéressé. Il y a même des cas où la présomption de maintien s'impose; par exemple, pour une déclaration de congé, d'annulation de contrat, d'option en matière d'alternative. En quoi ces déclarations visent-elles une personne déterminée? Le point ne paraît guère douteux; et ce sera aux usages qu'il faudra demander le sens de la présomption à faire prédominer, pour ou contre le maintien de la déclaration.

12. Donc, toutes les fois qu'il y aura maintien de la déclaration, il se posera, non pas pour le cas de décès, mais au cas d'incapacité, la question subsidiaire d'application de l'art. 131 ; et l'objection que l'on pressent vient de ce que l'auteur de la déclaration, n'ayant pas prévu l'incapacité, ne peut plus être censé avoir voulu s'adresser éventuellement à une personne autre que le destinataire lui-même. Et cependant la même objection ne se présente-t-elle pas, lorsque, le destinataire étant déjà incapable lors de l'émission, l'autre partie l'ignorait absolument? Comment dire qu'elle est censée avoir voulu s'adresser éventuellement au représentant de l'incapable? L'objection, d'ailleurs, n'est-elle pas la même au cas de décès? L'auteur de l'offre a-t-il prévu le décès? Neuf fois sur dix, ce sera peu probable; et alors comment dire qu'il ait entendu l'adresser éventuellement aux héritiers? Et cependant le maintien de la déclaration, cette déclaration fût-elle une offre de contrat, ne peut se justifier que sous cette condition; on ne peut pas parler de la transmissibilité héréditaire d'une déclaration de volonté. Celle-ci ne constitue pas un droit ayant sa représentation juridique dans le patrimoine. Il s'agit encore d'un simple fait juridique, lequel suppose un destinataire, personnellement et intentionnellement visé, par celui de qui le fait émane. Cette objection n'avait pas empêché le premier projet (art. 89 P[1]), et n'a pas empêché la seconde commission, d'accepter en principe la possibilité juridique du maintien de l'offre après décès. Faudrait-il dire que cette possibilité serait spéciale à l'offre, parce qu'il y aurait déjà, en pareil cas, plus qu'un simple fait, mais un droit résultant de l'engagement, au moins éventuel, pris par le pollicitant sur lui-même, lequel droit serait transmissible; et voudrait-on expliquer par là la différence de rédaction existant, sous ce rapport, dans le premier projet (cf. art. 74 P[1] et art. 89 P[1]),

entre les déclarations visant un acte juridique unilatéral et les offres de contrat? Mais, si l'on se place à ce point de vue, il sera plus vrai encore, en matière d'actes unilatéraux, de dire que l'effet de droit qui en résulte est déjà créé par le seul fait de l'émission de la déclaration, le fait de la réception ne devant faire que consacrer une création juridique déjà existante, et par suite transmissible. La vérité est qu'il n'y a pas à parler de transmissibilité, ni pour les offres ni pour les autres déclarations de volonté; car l'engagement créé sur soi-même par le pollicitant, de même que l'effet de droit réalisé par l'auteur de toute déclaration, supposent au moins, avant de parler de condition mise à leur application, que la déclaration soit existante : et elle n'existe que par la réception.

13. Et en particulier, pour ce qui est de l'offre, on ne pourrait parler de transmissibilité qu'après réception, et en attendant l'acceptation. Mais la question actuellement en cause n'est pas de savoir si l'offre, une fois reçue, survit au décès de celui qui l'a reçue, de telle sorte qu'elle puisse être acceptée par ses héritiers, comme une valeur existant dans la succession : à ce point de vue, en effet, et en se plaçant dans le système allemand d'un engagement déjà créé sur soi-même, on peut parler de transmissibilité. Mais la question est de savoir si la survenance du décès, aussitôt après l'émission, et avant même la réception, empêche cette dernière d'être valablement acquise à l'égard des héritiers, lorsque c'est à eux que l'offre parvient. Donc, à l'égard du patrimoine de celui à qui l'offre était destinée, on ne peut pas parler encore de valeur transmissible, puisque l'offre n'aura d'existence par rapport à ce patrimoine que par sa réception. Et si, à l'égard de celui de qui elle émane, il en est autrement, si, par rapport à son auteur, l'offre existe déjà dès son émission et avant toute réception, et si elle existe comme un droit déjà créé sur lui-même et que son décès laisse subsister, c'est que le point de vue est tout autre. L'émission a, précisément, pour effet de rendre la déclaration déjà existante par rapport à celui de qui elle émane, puisque, de son côté, sa participation matérielle et volontaire est complète. Il s'est dessaisi; et par là même il a créé un effet de droit qui vaut à son égard, sauf révocation sous les conditions de l'art. 130. Il peut donc y avoir par rapport à son patrimoine transmissibilité passive; mais cet effet de droit n'existera du côté de celui à qui il s'adresse que par la réception, par laquelle ce dernier se trouvera saisi, et par laquelle se réalisera, non l'acceptation, — il ne s'agit pas de cela, — mais la participation personnelle

de l'autre partie à un acte qui intéresse à la fois celui qui en prend l'initiative, et celui à l'égard duquel il pourra être appelé à produire ses effets.

14. C'est à ce propos qu'il est utile de bien marquer les deux degrés d'exécution de toute déclaration de volonté (cf. HÖLD., p. 238). L'exécution par rapport à celui de qui elle émane, et l'exécution par rapport à ceux qu'elle vise. La première fonde son existence à l'égard de l'auteur de la déclaration; et la seconde la réalise à l'égard des autres intéressés. Donc, il n'y a pas à expliquer le maintien de l'offre du côté de celui à qui elle s'adressait par une raison de transmissibilité. Il faut en revenir à l'idée qu'elle s'adressait personnellement aux héritiers. Mais est-il donc impossible d'admettre qu'il ait été dans les prévisions vraisemblables de l'auteur de l'offre, s'il avait prévu le décès, d'avoir voulu s'adresser aux héritiers? C'est là une de ces déclarations tacites qui sont des clauses d'usages admises par la loi, en dehors de toute question de savoir si elles ont été réellement voulues; mais qui peuvent tomber devant une volonté contraire, expresse ou tacite. Là où cette présomption sera conforme aux usages, elle devra s'imposer, sauf la preuve que le déclarant ait réellement voulu l'exclure.

15. C'est la même raison et la même présomption qui expliquent le maintien de la déclaratiou au cas d'incapacité. Le déclarant est censé avoir voulu le maintien de sa déclaration, même dans cette hypothèse, au moins lorsqu'il résultera des usages ou des circonstances une présomption en ce sens; laquelle, il faut le reconnaître, sera plus difficile à admettre que la présomption de maintien au cas de décès, surtout s'il s'agit d'offre de contrat (*Pr.* 87). Mais, dans les cas où elle serait admise, il s'agirait ici encore d'une déclaration tacite, interprétative de la volonté des parties, ou plutôt, d'une partie, celle de qui émane la déclaration. Si donc celle-ci est censée avoir prévu l'incapacité ou, plutôt, si on traduit sa volonté telle qu'elle eût été censée avoir dû être si cette prévision s'était réalisée, l'auteur de la déclaration doit par le fait même avoir prévu subsidiairement la présence d'un représentant de l'incapable, et avoir prévu cette destination éventuelle et subsidiaire de sa volonté. Cette explication, même s'agissant d'offre de contrat, était difficilement conciliable, dans le premier projet, avec la rédaction de l'art. 66 P[1], qui proclamait l'inefficacité de l'acte juridique réalisé à l'égard d'un incapable, par le seul fait qu'il s'adresserait à un incapable. On aurait pu conclure à une nullité initiale de l'acte, par cela sela seul qu'au lieu d'être fait à l'égard

du représentant légal, il l'était par rapport à l'incapable lui-même. Toute cette réglementation était inacceptable, au moins pour le cas où l'auteur de l'acte eût ignoré l'incapacité. Mais la seconde commission a modifié la rédaction primitive. L'art. 131 ne parle que de la déclaration elle-même; et, sans dire qu'elle soit nulle initialement, il en subordonne l'efficacité à la réception par le représentant légal, ou plutôt n'admet d'autre réception valable que celle faite par ce dernier, ou réalisée à l'égard de ce dernier, ce qui est encore une formule plus exacte. Aussi, faut-il conclure de l'art. 131 qu'une déclaration donnée dans l'ignorance de l'incapacité peut encore être valablement reçue, dès qu'elle parvient au représentant de l'incapable, bien que l'auteur de la déclaration n'ait pu avoir en vue la personne de ce dernier. On lui attribue une volonté éventuelle, pour le cas où il aurait eu connaissance de l'incapacité, sauf la preuve d'une volonté contraire, ou encore l'annulation pour erreur, dans les cas où elle serait possible, mais, à coup sûr, l'annulation pour dol, si ce dernier était prouvé. C'est cette même volonté éventuelle qu'il faut présumer pour le cas d'incapacité, non plus concomitante, mais postérieure à l'émission, dans les hypothèses, tout au moins, où la présomption de maintien de la déclaration se trouve encore admissible lorsqu'il y a survenance d'incapacité (cf. Cos., 178-179).

16. Reste à voir à quelles incapacités devra s'appliquer toute cette réglementation : quelle incapacité faut-il supposer pour que la réception par le destinataire soit non avenue?

Le texte, dans sa première disposition, la seule dont il s'agisse encore, vise, bien entendu, les incapacités absolues de l'art. 104; non seulement celle résultant de l'interdiction, mais celle également résultant d'un simple état de fait, état de trouble mental, pourvu qu'il soit permanent, ou celle encore résultant de la période infantile; et à l'égard de tous ces incapables le texte est absolu et ne fait aucune distinction quant aux effets à attendre de la déclaration à recevoir. Toute réception de déclaration par l'incapable est nulle, même s'il fût question de déclaration destinée à réaliser un acte juridique ne produisant qu'une acquisition et un avantage pour celui qui la reçoit. Le seul point qui pût faire doute concerne les personnes atteintes de troubles passagers, ivresse, état provisoire d'inconscience, sommeil hypnotique et autres perturbations de ce genre. Le premier projet (art. 64 P[1], § 2) les rangeait parmi les incapables; et par suite l'art. 66 P[1], en visant les actes adressés aux incapables, s'appliquait même à ces incapacités passagères, de sorte qu'une déclaration adressée à quelqu'un qui, fût-ce à l'insu

de l'expéditeur, se trouvait, lors de la réception, dans un de ces états de trouble mental ou d'inconscience non permanente ne pouvait être valablement reçue; d'autant que, dans la plupart des situations de ce genre, il n'y a pas de représentant légal. Il en résultait que quiconque eût adressé une déclaration à quelqu'un n'eût jamais été sûr qu'elle pût recevoir sa pleine efficacité et qu'elle pût prendre une existence juridique définitive. Tout ce système, qui eût été en corrélation exacte avec la théorie de la perception, c'est-à-dire avec la nécessité d'une prise de connaissance effective, se trouvait peu en harmonie avec le point de vue qui avait prévalu, de la réception pure et simple, c'est-à-dire de l'arrivée à destination (art. 130 et la note). Toute hésitation a disparu, puisque la seconde commission ne range plus les personnes atteintes de ces troubles passagers parmi les incapables. L'art. 105 se contente de poser en principe que les déclarations émanant d'elles seraient nulles, sans parler de celles qui leur seraient adressées. Quant à l'art. 131, qui vise les déclarations venant d'un tiers, il ne s'occupe que de celles adressées à de véritables incapables; et les personnes dont il s'agit ne sont pas des incapables (*Pr.*, p. 72-73, cf. Pl., p. 183). Seulement, si l'acte est de ceux qui exigeaient une acceptation de la part de l'autre partie, et que cette acceptation soit donnée pendant que dure encore l'état de trouble ou d'inconscience, elle est nulle en vertu de l'art. 105.

17. Après avoir parlé des incapables proprement dits, l'art. 131 s'occupe de ceux qui n'ont qu'une demi-capacité, les mineurs et autres personnes visées à l'art. 114. *A priori*, l'art. 131 pose encore, même pour ces dernières, le même principe de la nullité de réception par le demi-incapable, avec nécessité de réception par son représentant légal. Mais, tout aussitôt, la rigueur de ce principe se trouve tempérée par une distinction, qui est le corrélatif de celle admise par l'art. 107, suivant que, de l'effet juridique de la déclaration, le demi-incapable doit recueillir ou non un pur avantage gratuit. Et, dans cette dernière catégorie de déclarations, il faut ranger les offres de contrat, puisque, par elles-mêmes, elles lient celui de qui elles émanent (art. 145), et que cette obligation de maintenir l'offre portant un certain délai est un pur avantage pour celui à qui l'offre est faite. L'art. 66 P[1] le disait expressément; cette application pure et simple d'un principe certain a paru inutile dans la nouvelle rédaction (Cf. Pl. 183-184).

18. Pour les déclarations qui ne doivent pas produire un pur avantage juridique, le principe général de l'art. 131 s'applique,

sauf un tempérament, lequel consiste en ce que le demi-incapable peut valablement recevoir la déclaration, s'il y a été autorisé au préalable par son représentant légal. C'est qu'il ne s'agit plus ici d'une incapacité réelle de la volonté, auquel cas même l'autorisation préalable ne suffirait pas à rendre l'incapable susceptible de participer utilement, par une réception consciente et une appréciation compétente, à la déclaration à lui faite. Il s'agit d'un but de protection, lequel est atteint, lorsque le représentant légal a prévu par avance la déclaration et a autorisé la personne qu'il représente à la recevoir. Cela suppose toutefois une autorisation préalable; une ratification donnée après coup ne pourrait valider rétroactivement une réception considérée comme inexistante. On a déjà vu que la rétroactivité ne s'appliquait pas en pareille matière; car elle ne saurait avoir effet par rapport à un fait matériel. Or, par voie de présomption légale, il est établi que la participation même d'un demi-incapable à la réception d'une déclaration de volonté est insuffisante à faire de la réception matérielle qui a eu lieu une réception consciente, satisfaisant au vœu de la loi. Ce n'est pas une ratification donnée après coup qui peut détruire cette présomption légale, puisque cette dernière subsiste tant que dure la minorité. Seulement cette ratification implique, de la part du représentant légal, prise de connaissance et perception : elle vaut réception à son égard.

19. Or, il faut bien mettre en relief que, en dépit des tempéraments apportés en ce qui concerne les demi-incapables au principe de l'art. 131, ce principe subsiste; et il consiste en ce que la déclaration, ne pouvant être valablement reçue par son destinataire, est censée adressée éventuellement à qui a qualité pour la recevoir, c'est-à-dire au représentant légal. Cela est si vrai que Planck en conclut, même dans les cas où le demi-incapable pourrait valablement prendre réception, par exemple par ce qu'il y a été autorisé, que, si la déclaration parvient à son représentant avant d'être reçue par le demi-incapable, la première réception est valablement acquise, et que c'est d'elle que date le moment où la réalisation définitive de la déclaration, prise dans sa matérialité, se trouve désormais parfaite (Pl. 183). A plus forte raison en est-il ainsi, lorsqu'aucune autorisation n'a été donnée par avance et qu'elle n'intervient qu'après coup. La présomption de destination éventuelle subsiste; le représentant, à aucun point de vue, ne saurait être censé s'être dessaisi, de son droit de représentation en ce qui touche la réception des déclarations adressées à celui qu'il représente, et d'ailleurs dans aucun cas cette abdication ne

saurait dépendre de lui. Donc en prenant connaissance de la déclaration, il se trouve la recevoir valablement.

20. Seulement cela suppose, — et cette observation est d'ailleurs d'une application générale pour ce qui est du principe même de l'art. 131 dans tous les cas qu'il régit, — que cette déclaration est parvenue au représentant légal sous sa forme initiale et authentique, et non par simple communication du mineur, s'il s'agit d'un mineur. On peut, en effet, prendre le mineur à titre d'exemple et comme type des personnes frappées d'une demi-incapacité. Si donc la déclaration avait été faite par lettre, c'est la lettre qui doit être communiquée au représentant légal. Et si la lettre a été détruite, le mineur aura beau prétendre en reproduire les termes, il n'y a plus réception de la déclaration par le représentant du mineur. Car pour qu'il y ait réception valable, il faut que la déclaration parvienne à celui qui la reçoit sous la forme voulue par celui qui l'a adressée. Si la lettre a été détruite, il ne reste plus aucune possibilité d'assurer à la déclaration, telle qu'elle a été faite, une réception valable : il faut qu'elle soit refaite, et refaite à l'égard du représentant. Donc, tout ce qui a été dit d'une réception postérieure par le représentant implique que la déclaration parvienne à celui-ci sous sa forme originale, ou plutôt sous la forme de transmission choisie par l'expéditeur, et qu'elle lui parvienne dans les conditions de l'art. 130 (Cf. HÖLD., p. 295).

21. Reste à se demander si les dispositions de l'art. 131 s'appliquent encore aux déclarations faites directement aux incapables et en leur présence, en tant que déclarations à personne présente. L'art. 131 ne parle pas expressément, comme l'avait fait l'art. 130, de déclarations données en l'absence du destinataire. Mais il doit être considéré comme étant la suite du texte qui précède ; car il parle de la déclaration adressée à l'incapable, ce qui semble bien se référer à la déclaration visée par le texte précédent, celle donnée entre absents. Il ne dit pas : « Si une déclaration », mais : « Si la déclaration est adressée à un demi-incapable. » D'ailleurs, comme on l'a fait remarquer (PL. 185), la disposition principale qui consiste à valider la réception dès qu'elle est faite au représentant légal serait dans ce cas inapplicable. Car, de deux choses l'une, ou bien ce dernier est présent et la déclaration lui est adressée à lui en même temps qu'à l'incapable, et la date de la réception ne saurait plus être reculée, comme le prévoit l'art. 131 ; ou bien il est absent, et il n'y a aucun moyen pour l'incapable de lui faire parvenir la déclaration sous sa forme initiale, puisqu'elle a été donnée oralement par celui-là même qui

en est l'auteur. On vient de voir que, si l'incapable en rapporte les termes à son représentant, ce n'est plus la déclaration sous sa forme initiale qui parvient à celui-ci; et d'ailleurs quelle garantie peut-on avoir qu'elle soit rapportée en termes identiques? Il faudrait donc, pour satisfaire au principe de l'art. 131, que celui qui a fait la déclaration la renouvelât en présence du représentant : mais alors c'en est une nouvelle qui lui est faite. Tout au plus, ajoute Planck, pourrait-on admettre, lorsque la preuve en est faite, que le déclarant a chargé celui à qui il faisait la déclaration de la reporter à son représentant : c'est alors une déclaration par intermédiaire. D'ailleurs, cette hypothèse à part, lorsque l'auteur de la déclaration fait lui-même oralement sa communication à l'incapable, la présomption d'une destination éventuelle donnée à sa déclaration par rapport au représentant légal n'est plus admissible, puisque celui-ci n'est pas là et que l'incapable ne peut pas lui transmettre la déclaration qu'il a reçue, en lui gardant le mode de communication qui a été employé, et qui était la communication directe de la part du déclarant (Cf. Höld., p. 295).

22. Il faudrait donc, pour qu'il en fût autrement, présumer qu'en faisant sa déclaration à l'incapable, il le charge, en outre, d'en transmettre une semblable à son représentant : ce qui suppose à peu près forcément, s'il s'agit d'un incapable pour maladie mentale, qu'il soit dans un intervalle lucide; et encore cette présomption implique-t-elle au moins que le déclarant ait indiqué que cette communication devait être faite. Si peu qu'il y ait eu une indication de ce genre, sans exiger une mission donnée en termes exprès, on pourra, en effet, facilement présumer l'existence de cette double déclaration. Mais nous ne sommes plus alors dans les termes de l'art. 131, qui prévoit une seule déclaration et la considère comme étant faite à deux personnes; et qui, en outre, présume la destination donnée à l'égard du représentant légal, alors qu'aucune mention n'ait été faite de ce dernier. Par exemple, il s'agit d'une lettre écrite à l'incapable, on présume, non pas que la lettre soit également adressée au représentant de l'incapable, bien qu'aucune allusion ne soit faite de celui-ci, mais que la déclaration contenue dans la lettre lui est éventuellement et tacitement destinée : c'est la même déclaration, c'est-à-dire la lettre elle-même qui doit parvenir au représentant. Dans l'hypothèse d'une déclaration entre présents, il faudrait une nouvelle déclaration, indépendante de la première, et faite sous une forme différente, c'est-à-dire par voie d'intermédiaire. Ce qui montre bien que le mode d'application le plus rapproché de l'interpréta-

tion intégrale de l'art. 131 est encore loin de reproduire la disposition même du texte, puisque c'en est presque tout le contraire. Il faut bien reconnaître que l'art. 131, comme l'art. 130 qui le précède, n'a pas entendu prévoir les déclarations faites à personne présente : on a voulu les laisser sous l'application des principes.

23. Or, s'il est un principe qui doive ressortir de l'art. 131, bien qu'il ne vise pas expressément les déclarations entre présents, c'est que la déclaration, faite directement et oralement à l'incapable, ne peut pas avoir plus de valeur que celle qui lui serait adressée par voie de transmission indirecte, par lettre, par exemple, puisque le fondement même de l'art. 131 est que l'incapable est présumé n'avoir pas le discernement nécessaire pour donner à la réception d'une déclaration juridique la participation intellectuelle et consciente qui est requise par la loi. Aussi la réception qui viendrait de lui serait-elle nulle, dans les conditions où serait nulle la réception faite à la suite d'une transmission indirecte : nullité complète, et dans tous les cas, s'il s'agit d'un incapable proprement dit; et, si ce n'est qu'un demi-incapable, nullité tempérée par les deux réserves établies par la seconde disposition de l'art. 131, suivant que la déclaration ne dût procurer qu'un avantage purement gratuit, où qu'elle eût été autorisée par avance. Ce qui, au contraire, dans l'art. 131, est spécial au cas de déclaration entre absents, c'est la présomption d'une double destination pour la même déclaration, dont l'une éventuelle au profit du représentant légal, et cela alors même que l'auteur de la déclaration ignore qu'il y ait un représentant. Cette double destination n'étant plus possible, il faudra en conclure, puisque la déclaration faite à l'incapable est non avenue, qu'il faudra la renouveler à l'égard de son représentant. Pratiquement, du reste, il n'y avait plus les mêmes nécessités pour présumer une double déclaration, dont la seconde dût se faire par l'intermédiaire de l'incapable; car les parties étant présentes, neuf fois sur dix, celui qui fait la déclaration aura pu ou dû s'apercevoir de l'état d'esprit de celui avec qui il entre en relations. Si donc il s'adresse à lui plutôt qu'à son représentant, il est en faute; c'est à lui d'en supporter les conséquences. Il faudra en conclure aussi, relativement aux communications téléphoniques, qu'il ne suffirait pas que le représentant fût auprès de l'incapable pendant que celui-ci reçoit la déclaration, puisque celui-ci est seul à la percevoir; il faudrait que le représentant fût appelé au téléphone et qu'il la reçût directement lui-même.

24. Une autre conséquence également à tirer de toutes ces observations est que la déclaration entre présents exigeant, comme on l'a vu (note sur art. 130), la perception directe, et non plus la simple réception, il faudrait revenir cette fois à l'application de l'art. 105, § 2, et considérer, par suite, la réception comme nulle si celui qui la reçoit était dans un état d'inconscience même temporaire, telle que l'ivresse, par exemple. Et ce principe peut recevoir ainsi une double application, par rapport aux personnes capables proprement dites et par rapport aux incapables. Les premières, même si elles sont au moment où leur parvient une déclaration adressée en leur absence dans un état d'inconscience ou de trouble passager, peuvent encore la recevoir valablement; si, au contraire, celui qui prend l'initiative de cette déclaration veut la leur faire directement et oralement, la réception que ces mêmes personnes pourraient en faire, alors qu'elles sont également dans l'état prévu par l'art. 105 § 2 serait nulle. Pratiquement aussi, rien n'est plus légitime; on a vu que, pour les déclarations entre absents, on ne pouvait pas faire retomber sur l'expéditenr, qui n'a pu prévoir, par exemple, que sa lettre parviendrait à son destinataire à un moment où celui-ci est en état d'ivresse, l'inconvénient qui résulterait pour lui de la nullité de cette réception; et d'ailleurs le principe est que la déclaration doit être considérée comme parfaite dès qu'elle est reçue dans des conditions qui, normalement, doivent faire supposer à celui qui l'a envoyée que son destinataire en a pris une connaissance réelle et consciente. Mais, entre présents, aucune de ces raisons n'existe plus; le déclarant s'est forcément aperçu de l'état d'esprit de l'autre partie : plus que jamais, il est en faute d'avoir voulu lui faire jouer un rôle quelconque dans un acte juridique, fût-ce même un rôle purement passif.

25. En ce qui concerne les incapables, il n'y a pas, sans doute, à parler de l'art. 105 § 2 dès qu'il s'agit d'incapacité proprement dite : la réception est déjà nulle par le fait même. Peut-être aurait-on pu être tenté de distinguer, suivant que l'incapable, à supposer une incapacité pour maladie mentale, serait ou non dans un intervalle lucide, dans les cas tout au moins où le déclarant lui donne mission de communiquer la déclaration à son représentant. Mais cette mission semble bien exister également de plein droit, et comme d'une façon tacite, cette fois, au cas de déclaration entre absents, par suite de la destination éventuelle à l'égard du représentant de l'incapable de la déclaration adressée à l'incapable lui-même; et cependant, bien qu'il y ait incapacité, cette mission est valable. La confusion viendrait en effet, dans

l'objection prévue, de ce que l'on voulût y voir un acte juridique proprement dit.

26. Ce serait une grave erreur; car cette mission n'est pas un acte juridique, ce n'est pas un mandat; c'est un pur fait matériel. Le déclarant se sert de l'incapable comme intermédiaire, c'est-à-dire comme agent de transmission purement matériel, à l'effet de faire parvenir la lettre qu'il lui écrivait à son propre représentant légal : si l'intermédiaire est dans un état d'esprit qui ne lui permétte pas de s'acquitter de cette mission, la déclaration n'arrivera pas; ce sera comme si le déclarant avait confié sa lettre à la poste et qu'elle se fût trouvée perdue. Ou, enfin, si l'incapable altère la lettre ou transmet inexactement la communication, ce sera comme si, au cas de transmission télégraphique il y avait eu une erreur de traduction dans la dépêche à remettre au destinataire : celui-ci aurait, suivant les cas, la ressource d'un recours pour erreur, conformément à l'art. 119. Ce ne sont pas là des faits juridiques; et l'acceptation que donnerait l'incapable à la mission tacite qui lui est confiée ne constitue pas de sa part une déclaration de volonté donnée en vue de réaliser un acte juridique. C'est ce qui fait que dans les déclarations entre présents l'incapable peut se charger expressément d'une mission de ce genre; et s'il y a une distinction à faire entre les intervalles lucides et ceux qui ne le seraient pas, c'est uniquement en ce qui touche la vraisemblance de la présomption dont il a été parlé d'une mission de ce genre, là où il aurait pu y avoir quelque raison de l'admettre. Donc, au point de vue juridique, l'application de l'art. 105 § 2, au cas d'incapacité proprement dite serait au moins dans tous les cas une superfluité.

27. Il n'en est plus de même pour les demi-incapables, puisque dans certains cas il peut y avoir de leur chef réception valable. Or, même dans ces hypothèses, il va de soi que, si le demi-incapable se trouve dans un des états prévus par l'art. 105, la déclaration qui lui est faite, à lui présent, est forcément nulle, et *a fortiori*, puisqu'elle serait nulle même si elle se fût adressée à une personne capable. Mais ce qu'il faut remarquer c'est que, dans les cas où la déclaration peut leur être valablement faite, si elle est faite comme déclaration entre absents, on revient alors, même pour un demi-incapable, à l'application de l'art. 130 : l'art. 105 § 2 ne s'applique plus. Il s'agit d'un individu interdit par exemple pour alcoolisme (art. 6-3° et art. 114); on aurait pu comprendre, s'il eût été en état de crise au moment où la lettre lui parvient, que la réception fût nulle. Rien n'autorise à admettre cette solu-

tion; là où un demi-incapable peut recevoir une déclaration, il doit pouvoir le faire dans les conditions du droit commun, ce qui veut dire que l'on se contente de la réception proprement dite, sous les conditions de l'art. 130, sans revenir à la théorie de la perception, laquelle ne trouve application qu'entre présents.

Art. 132. — Une déclaration de volonté est considérée également comme parvenue à destination, lorsque la notification en a été faite par l'intermédiaire d'un huissier. La notification se fait conformément aux dispositions du Code de procédure.

Lorsque celui qui fait la déclaration ignore, sans que cette ignorance repose sur une négligence de sa part, quelle est exactement la personne à laquelle il doit adresser sa déclaration, ou s'il ignore quelle est sa résidence, la notification peut être faite conformément aux dispositions du Code de procédure relatives à la notification publique en matière de citation. Est compétent pour autoriser cette notification, dans le premier cas, le tribunal de bailliage, dans le ressort duquel le déclarant a son domicile ou, à défaut de domicile dans l'intérieur de l'Empire, celui dans le ressort duquel il a sa résidence; et, dans le dernier cas, le tribunal de bailliage, dans le ressort duquel la personne à qui notification doit être faite avait son dernier domicile, ou, à défaut de domicile dans l'intérieur de l'Empire, celui dans le ressort duquel elle eut sa dernière résidence.

1. La substitution aux modes ordinaires de transmission d'une déclaration de la notification par huissier du Code de procédure était surtout indispensable dans les hypothèses dans lesquelles celui à qui la déclaration s'adresse ne pouvait se refuser à la recevoir; il pouvait arriver en effet que, en s'abstenant systématiquement de recevoir son courrier, par exemple, le destinataire d'une déclaration empêchât cette dernière de parvenir à destination au sens de l'art. 130, et que, de cette façon, il cherchât à faire retomber sur l'autre partie la faute de n'avoir pas fait sa déclaration dans les délais voulus, lorsqu'il s'agit de déclarations pour lesquelles la loi fixe un délai. Sans doute, il y aurait eu un recours en responsabilité, et avant tout, le destinataire n'aurait pas eu le droit de se prévaloir de l'expiration du délai. Mais il était plus simple de mettre à la disposition de celui qui ait à signifier une déclaration à quelqu'un, un mode de signification qui lui permît de vaincre ou de déjouer les résistances de la partie adverse. Et ce moyen est la notification par huissier du Code de procédure, laquelle, en effet, a ceci de particulier qu'on ne peut pas s'y soustraire (cf. Höld., p. 294). En général, elle implique

déjà réception au sens de l'art. 130; mais lorsque cette dernière n'est pas possible, la signification par huissier peut encore se réaliser conformément aux procédés organisés en vue de cette hypothèse par le Code de procédure; et, dans ce cas, il peut se faire que cette notification n'implique plus réception au sens de l'art. 130. Elle n'en vaudra pas moins réception valable; et c'est à ce point de vue seulement que l'art. 132 était nécessaire. Sinon, dans la plupart des cas, la notification par huissier réalise déjà une réception au sens de l'art. 130, et il n'y aurait pas eu à en prévoir l'emploi. On n'a dû en parler que pour les hypothèses dans lesquelles cette réception, conforme à celle de l'art. 130, ne se trouverait pas réalisée par la signification. Et c'est pourquoi le premier projet (art. 75, P[1]) ne l'admettait comme pouvant se substituer, avec la portée qui vient d'être indiquée, à la réception de l'art. 130, que lorsqu'il y avait obligation pour le destinataire de recevoir la déclaration. La seconde commission a trouvé cette limitation trop étroite et a cru devoir permettre l'emploi de ce procédé, pour toutes les déclarations et dans toutes les hypothèses, puisqu'il pouvait y avoir avantage, pour l'auteur d'une déclaration, quelle qu'elle fût, de s'assurer qu'elle arriverait forcément à destination et qu'il y avait réception au sens de l'art. 130. Quant au destinataire, il n'avait pas à craindre que l'emploi de ce procédé lui fût préjudiciable, dans une théorie tout au moins qui prenait comme point de départ le système de la réception, sans autre garantie de perception effectivement réalisée (*Pr.* 73).

2. Planck fait remarquer (p. 185) que l'art. 132 emploie l'expression de « notification par l'intermédiaire d'un huissier », laquelle ne correspond à aucun terme analogue du Code de procédure, et sous laquelle on a voulu comprendre les deux procédés visés par le Code de procédure, celui de la signification directe par huissier et celui de la signification postale, en tant qu'elle requiert également la participation d'un huissier (art. 176-178 C. proc. civ.). Mais il ne faudrait pas se contenter d'une simple remise à la poste, comme le Code de procédure le permet parfois sous certaines conditions : il s'agit de conditions qui ne se retrouvent plus réalisées (art. 161, 164 § 2, 175 C. proc. civ.). De même on a eu grand soin de faire observer que le ministère du greffier, à lui seul, serait insuffisant (M. I. 160). Il est vrai que des offres et déclarations de volonté peuvent être consignées par voie de procès-verbal de greffier (*Ges. fr. Ger. B.* art. 11); mais pour qu'il y en eût réception, il faudrait réalisation des conditions exigées par l'art. 130.

3. Il y aura lieu d'appliquer du reste toutes les particularités du Code de procédure en matière de signification, comme, par exemple, en ce qui touche l'hypothèse où la notification devrait être faite à un représentant légal et qu'il y en eût plusieurs (art. 157, art. 171, § 3, C. proc. civ.), ou encore en ce qui touche la signification à faire à un soldat (art. 158, art. 172 C. pr. civ.). Mais Hölder a soin de faire observer que, parmi ces particularités du Code de procédure, plusieurs ne sont pas spéciales à la notification par huissier. Sans doute, ce caractère de spécialité s'appliquerait à la règle d'après laquelle, lorsqu'il y a intervention d'un officier judiciaire, celui-ci n'a pas à faire la preuve de son mandat : il n'a pas à établir qu'il agit par ordre de l'auteur de la déclaration (art. 157, art, 167 § 2, C. pr. civ.). Il y a là un effet propre à la notification par ministère d'huissier. Mais, pour d'autres effets, attribués à cette notification par le Code de procédure, Hölder (p. 296-297), loin de voir là des règles qui soient exceptionnelles, s'attache à montrer qu'il en serait de même, quelle que soit la forme de la déclaration. Ainsi, pour ce qui est de l'hypothèse où il y ait plusieurs représentants légaux, l'art. 28 § 2 et l'art. 86 C. civ. ont déjà prévu le cas le plus important, pour lui appliquer une règle analogue à celle du Code de procédure; c'est lorsqu'il s'agit d'association ou de fondation. Et il n'est guère douteux que le même principe devrait s'étendre au cas de cotuteurs par exemple.

4. De même Hölder croit devoir généraliser la règle du Code de procédure à l'égard des soldats et marins, et d'après laquelle, s'agissant de sous-officiers et simples soldats, la signification qui les concerne vaut, dès qu'elle est faite à l'égard de l'officier qui est leur chef immédiat. Cette règle s'appuie sur cette idée que, lorsqu'une ou plusieurs personnes sont sous la dépendance d'une autre, et qu'elles vivent en commun sous les ordres d'un chef qui soit le maître de l'établissement ou de la maison où elles vivent, ces personnes sont plus difficiles à approcher et à atteindre, de telle sorte que ce soit, par l'intermédiaire du chef ou du maître dont elles dépendent, que les déclarations qui les concernent doivent leur parvenir. L'application de ce principe n'est pas douteuse pour ce qui est des détenus. Même, d'après les usages de la vie, il faudrait en dire autant de ceux qui sont attachés à la personne d'un autre avec lequel ils vivent et sous la dépendance duquel ils se trouvent. Ainsi, de même qu'une lettre remise à un de mes domestiques, par exemple, doit être considérée, dit Hölder, comme étant déjà reçue par moi, au sens de l'art. 130, de même

celles qui leur seraient adressées devraient être considérées comme reçues par le seul fait qu'elles m'auraient été remises, encore que ce fût en dehors de ma maison, ma maison étant le lieu, en effet, où ils vivent et où ils reçoivent leur courrier. Me l'eût-on remise au dehors, de ce moment daterait la notification à eux faite, et non du moment où je leur aurais remis la lettre en mains propres. Il n'y aurait rien là qui fût spécial à la notification par huissier.

5. Mais, si l'on met à part ces règles du Code de procédure qui ne sont que l'expression d'un principe général applicable à tous les procédés de notification, il est certain que les effets et particularités de la signification par huissier lui resteraient propres et devraient s'appliquer au cas de l'art. 132.

6. L'utilité de la procédure de notification publique dans les deux cas prévus par l'article 132 § 2 est trop évidente pour qu'il y ait lieu d'insister (cf. art. 187 et suiv. C. pr. civ.). Il faut remarquer seulement que la justice ne devra donner son autorisation que lorsqu'elle aura acquis la conviction que, si l'auteur de la déclaration ignore quel en est le véritable destinataire, ou s'il ne sait pas où il réside, ce n'est le fait d'aucune négligence de sa part; et encore faudra-t-il qu'elle apprécie qu'il y ait véritablement incertitude sur l'un de ces deux faits (Pl. p. 185).

Art. 133. — Pour ce qui est de l'interprétation d'une déclaration de volonté, il y a lieu de rechercher la volonté réelle et de ne pas s'en tenir au sens littéral de l'expression.

1. L'art. 133, sur l'interprétation des actes juridiques, est la reproduction littérale de l'art. 73 du premier projet, lequel s'inspirait lui même de l'art. 278 de l'ancien Code de commerce. Le premier projet était assez partisan, d'ailleurs, de certaines déclarations de principes en matière d'interprétation. C'est ainsi qu'il débutait par un petit exposé de règles d'allure purement doctrinale, en ce qui touche l'interprétation même du Code, et particulièrement en ce qui concerne l'analogie. Cette tendance a été critiquée avec raison (cf. Hölder, *Arch. f. civ. Pr.* t. 73, p. 67); et ce petit exposé doctrinal a été supprimé. On avait proposé d'en faire autant à l'égard de la règle de l'art. 73 P[1] (Pr. 68). On ne l'a conservée qu'à raison des avantages pratiques que l'on attribuait à la règle, à peu près analogue, de l'art. 278 du Code de commerce.

2. Le maintien de cette sorte de déclaration n'en soulève pas moins d'assez nombreuses difficultés. Tout d'abord, nous retrou-

vons, en matière de contrats, une autre règle d'interprétation, bien autrement large, au premier abord, que celle de l'art. 133, et d'après laquelle les contrats doivent s'interpréter comme l'exigent la loyauté et la bonne foi, appréciées d'après les usages admis en affaires. Pourquoi cette règle d'interprétation est-elle spéciale aux contrats, au lieu de s'étendre, comme celle de l'art. 133, à toutes les déclarations de volonté?

3. D'autre part, à ne prendre que cette dernière, n'est-elle pas en contradiction, puisqu'elle semble opposer la volonté vraie à la volonté apparente, telle qu'elle résulte des termes de la déclaration, avec le système mixte que a été admis par le Code civil relativement au dogme classique de la prédominance de l'intention réelle en matière d'actes juridiques; ce que l'on était convenu de désigner sous le nom de théorie de la volonté, par opposition à la théorie qui voulait ne s'attacher qu'à la volonté apparente résultant de la déclaration (cf. note sur art. 116)? On a vu que le Code civil, tout en admettant, comme principe général, que l'on fît prédominer la volonté vraie sur la volonté apparente, n'en a pas moins donné dans certains cas la prédominance à cette dernière (cf. note sur art. 119). Or l'art. 133 paraît en contradiction avec cette position mixte prise par le nouveau Code, puisqu'il semble exiger, dans tous les cas, une recherche exacte de la volonté réelle. Cette règle d'interprétation a donc besoin elle-même d'interprétation.

4. Enfin comment faire la place exacte du rôle de l'interprétation judiciaire, celle que vise l'art. 133, par rapport à l'interprétation législative, celle par conséquent qui dérive de la loi, et qui s'impose au juge? Dans un très grand nombre de dispositions du nouveau Code, nous trouvons, en effet, que, *dans le doute*, on devra se décider dans tel ou tel sens, ou encore que telle solution devra être appliquée, *à moins qu'il n'en ait été convenu autrement*, ou autres formules analogues. Ce ne sont pas là des règles impératives de la loi, puisque les parties peuvent y déroger; ce sont des dispositions qui doivent s'appliquer là où les parties n'ont pas adopté de dispositions contraires. Ce sont donc des règles supplétives ou subsidiaires; mais ce sont aussi, au moins à l'apparence, des règles interprétatives, puisqu'elles sont censées reposer sur une présomption de volonté. Comment se concilient-elles avec le pouvoir d'interprétation du juge? Dans quelle mesure, par conséquent, celui-ci subsiste-t-il, et dans quelle mesure peut-il se mouvoir, par rapport à l'interprétation légale, là où la loi pose une règle d'interprétation?

5. C'est même par ce dernier point qu'il faut commencer; car,

avant de savoir *comment* se fera l'interprétation du juge, il faut déterminer *quand* il y a lieu à interprétation judiciaire.

§ 1.

6. La règle dominante du droit moderne est celle de l'autonomie de la volonté en matière d'actes privés : les parties peuvent tout ce qu'elles veulent, pourvu que leurs conventions n'aient rien de contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou aux principes posés par la loi. Elles peuvent donc, non seulement imaginer à l'infini des conventions non prévues par la loi; mais elles peuvent également, à propos d'un contrat que la loi ait prévu et réglementé, introduire toute une variété de clauses différentes de celles consacrées par les textes. Mais, de ce que la volonté privée est souveraine, principe d'autonomie de la volonté, cela ne veut pas dire que la loi doive se désintéresser de la direction juridique, prise en quelque sorte par la volonté contractuelle, et que la loi ne doive pas chercher à orienter cette volonté dans le sens le plus conforme à l'équité, aux usages et aux nécessités économiques et sociales. Elle le doit d'autant moins que, le plus souvent, comme on l'a fait remarquer (DANZ *Auslegung der Rechtsgeschäfte*, 1897, p. 31), la volonté des parties ne s'est portée réellement que sur le résultat économique qu'elles avaient en vue, n'envisageant l'acte juridique qu'elles concluaient que comme un moyen de l'atteindre, comme un instrument, ou comme un intermédiaire, et non comme un but. Aussi, loin de s'arrêter à tous les détails du mécanisme juridique, les parties se contentent de choisir dans les catégories légales l'acte le plus propre au but qu'elles visent, elles en arrêtent les quelques points principaux, qui dépendent forcément d'elles, et pour tout le reste elles s'en remettent à la loi. C'est ainsi que des milliers de ventes se font, sans que les parties aient fixé autre chose que le prix et l'objet, et sans que leur volonté ait été, le moins du monde, attirée sur les conséquences juridiques qui devaient ressortir de leur convention, telle que la garantie, la résolution et autres effets de ce genre. C'est donc à la loi qu'il appartient de réglementer les divers mécanismes juridiques, mis à la disposition des parties, en vue de la réalisation des différents buts économiques qui correspondent aux exigences de la vie. Le principe de l'autonomie de la volonté se concilie donc fort bien avec le principe de la réglementation légale. Voyons comment les deux points de vue vont se combiner dans le Code civil allemand.

7. D'après le Code civil, lorsqu'il s'agit d'actes juridiques, unilatéraux ou contractuels, peu importe, la volonté des parties peut trouver en face d'elle, soit pour la limiter, soit pour la compléter, deux sortes de dispositions légales, les unes impératives, les autres supplétives. Les premières établissent des règles souveraines, contre lesquelles la convention même ne peut rien; ce sont des règles d'ordre public ou social. Les autres constituent une réglementation légale, qui doit s'appliquer dans tous les cas où les parties n'en eussent pas disposé autrement : ce sont des règles dispositives (Pl., I, 21).

8 Toutefois, on tend à établir, en matière de règles complémentaires ou supplétives, une subdivision, d'autres disent une opposition, par rapport à une catégorie de règles intermédiaires que l'on désigne sous le nom de *Règles légales interprétatives* (Pl., *loc. cit.*, Stammler, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, § 14; cf. Dernburg, Pand., I, § 32, p. 72-73; Danz, *loc. cit.*, p. 87). Il est certain, en effet, que le Code civil a, pour désigner ces règles supplétives, deux catégories de formules très distinctes. Tantôt il déclare que, « dans le doute », telle solution s'appliquera; tantôt il établit d'abord la solution, comme une règle impérative, qu'il fait suivre, après coup, d'une réserve généralement ainsi conçue : « A moins qu'il n'en ait été décidé autrement. »

9. Dans le premier cas, le juge doit rechercher, d'abord, la volonté des parties, telle qu'elle dérive des termes de la déclaration, ou plutôt non seulement des termes de la déclaration, mais de toutes les circonstances qui peuvent en éclairer la formule et en révéler le sens; et c'est seulement, si, en dépit de ces investigations, la volonté déclarée reste douteuse, que le juge doit, par prescription légale, se décider dans tel ou tel sens, précisé par le texte. La loi fait donc, à la place du juge, l'interprétation du contrat, en se fondant sur les usages, et sur le but en quelque sorte objectif de la convention. Elle présume que, les parties ne s'étant pas exprimées nettement, elles ont entendu suivre l'usage; or, la loi indique quel est l'usage. C'est une interprétation qui repose sur une présomption de volonté.

10. Dans le second cas, la loi ne s'occupe plus, comme préoccupation initiale, de savoir ce qu'ont voulu les parties sur tel ou tel point. Elle commence par donner la solution, par établir la réglementation qui lui semble devoir s'imposer. Cependant, comme il ne s'agit pas encore tout à fait d'un point qui engage un principe d'ordre public, elle réserve la possibilité d'une clause contraire; elle fait céder la règle légale devant une convention

contraire des parties. A première vue, et avant même qu'il y ait à se demander si les deux catégories de dispositions se séparent par des oppositions de caractère et de nature théoriques, on aperçoit très bien, sur le terrain pratique, une différence qui, sauf à préciser les détails, paraît d'une application facile. C'est que, dans la première hypothèse, si l'interprétation légale ne doit s'appliquer qu'au cas de doute. l'interprétation judiciaire ne se heurte à aucune limite fixée par la loi ; elle doit se faire par tous les moyens de preuve admis de droit commun, pour permettre au juge de préciser le sens d'une déclaration de volonté. Cette preuve peut s'établir aussi bien par une révélation tacite que par une manifestation expresse de ce qu'ont voulu les parties. Dans la seconde hypothèse, l'interprétation légale vient limiter, au contraire, le droit d'interprétation du juge, en ce sens que la règle légale ne doit céder que devant une volonté nettement déclarée. Sans doute, il n'est pas indispensable que celle-ci s'exprime en termes formels; mais il faut que les parties aient prévu spécialement la question et qu'elles aient entendu la résoudre en sens contraire de la loi. Cette prévision et cette réglementation contractuelle ne peuvent pas ressortir d'un ensemble de prévisions et de réglementations portant sur l'acte juridique pris dans sa complexité, comme cela pourrait être dans le premier cas. Il faut une prévision spéciale, et une réglementation spéciale, du point en litige.

11. On pourra se demander s'il est absolument nécessaire, dans la pensée de la loi, que cette réglementation spéciale fût expresse, au sens technique du mot, c'est-à-dire exprimée par un procédé de déclaration qui ait pour destination normale de faire connaître une volonté juridique (cf. note sur art. 130). Mais ce qui est certain, c'est qu'il faut une réglementation spécialisée, réglementation contraire à celle de la loi. Faut-il que cette réglementation soit elle-même certaine, ne donnant prise à aucun doute, donc n'ayant besoin, à son tour, d'aucune interprétation? C'est une autre question réservée. Mais, ces deux controverses mises à part, on se rend parfaitement compte qu'entre les deux catégories de dispositions il y a une différence très certaine, relative aux pouvoirs d'interprétation du juge. Dans un cas, celui-ci peut rechercher la volonté des parties par tous les moyens de preuve et d'interprétation qui lui appartiennent de droit commun ; dans le second, il ne peut accepter une interprétation contraire à celle de la loi que si cette interprétation ressort de certaines preuves plus rigoureuses et plus étroites.

12. A première vue, la différence entre les deux catégories de dispositions ne se présente pas forcément comme une différence de nature, comme une différence qualitative, mais bien comme une différence d'effets, et purement quantitative; il s'agit d'une présomption légale variant d'intensité. Mais, dans les deux cas, ce serait encore une présomption légale, c'est-à-dire une règle interprétative de la loi venant compléter la volonté des parties et se donnant comme la volonté supposée des parties. Ce caractère interprétatif, et par suite ce caractère de présomption légale, a toujours été reconnu traditionnellement aux deux catégories de dispositions, donc à toutes les règles subsidiaires ou supplétives de la volonté des parties. (Voir les citations dans Stammler, *loc. cit.*, p. 57.) Ces règles ne se distingueraient que par la différence d'intensité attribuée à la présomption de la loi.

13. Cette manière de voir commence enfin à être assez génératalement abandonnée, car la prétendue présomption était une pure fiction. Il s'agit, dans la plupart des cas, de points que les parties n'ont pu prévoir, qu'elles auraient peut être, si leur attention se fût trouvée attirée sur la matière, réglés d'une façon tout opposée à celle de la loi; souvent même qu'elles auraient voulus tout autrement. Ceci n'est pas douteux pour les règles légales qui ne peuvent céder que devant certaines preuves rigoureuses, disons d'une façon générale et un peu vague, sans vouloir prendre parti sur la portée du mot, que devant une clause contraire expresse. En pareil cas, en effet, si l'on ne tient pas compte de la volonté tacite, il faut donc bien reconnaître que la prétendue présomption légale l'emportera à l'encontre de la volonté, même certaine, des parties. On comprendrait qu'il en fût ainsi en matière de contrat formel, parce qu'en cette matière, il n'y a de volonté juridiquement déclarée que celle qui s'exprime dans les formes exigées par la loi; de sorte qu'une clause non rédigée par écrit, par exemple, s'il s'agit d'un contrat soumis à cette forme, serait une déclaration de volonté non avenue, et dont, en effet, il n'y a pas à tenir compte, donc, laissant place, de la facon la plus normale et la plus légitime, à la présomption de la loi (cf. Stammler, p. 65). Mais comment admettre encore le même raisonnement, ou la même fiction, s'il s'agit d'une déclaration non formelle, et dont toutes les clauses soient valables en elles-mêmes, sous quelque forme qu'elles soient exprimées, même si elles ne se revélent que sous forme tacite, même si elles s'induisent seulement de la réglementation d'ensemble du contrat? Et cependant, si l'on ne fait pas la preuve d'une volonté spécialisée qui ait été formellement

opposée à la volonté légale, même si cette intention contraire à la présomption de la loi est certaine, on n'en tiendra aucun compte.

14. Aussi y a-t-il une tendance bien manifeste à établir aujourd'hui entre les deux catégories de règles supplétives une différence de nature radicale; on consent à admettre que les uns soient encore de véritables présomptions légales, donc des règles interprétatives, et c'est, en effet, le nom qu'on leur garde. Mais les autres seraient des dispositions nettement réglementaires, voulues par la loi et non par les parties, sauf la facilité, pour ces dernières, de les écarter par clause expresse. On les désigne sous le nom de règles subsidiaires, et cette expression se trouve prendre ainsi un sens particulièrement restreint, ou plus généralement encore sous le nom de règles dispositives (cf. Pl. *loc. cit.*, p. 21, Stammler, *loc. cit.*, p. 14). Il est bien certain, en effet, que la fiction d'une volonté présumée, dans la plupart des cas où la loi pose des règles de ce genre, ne peut plus se défendre. Qui donc, par exemple, soutiendrait aujourd'hui, bien que c'eût été pendant longtemps la doctrine unanime, que l'hérédité *ab intestat* fût le testament présumé du défunt (Stammler, *loc. cit.*)? Et, comme le remarque Danz, combien y a-t-il de mariés qui, devant l'officier de l'état-civil, lorsqu'ils ne font pas de contrat, songent aux conséquences pécuniaires du mariage qu'ils contractent, et qui aient voulu, soit que leurs biens fussent mis en commun pour la propriété, soit qu'ils fussent mis en commun pour l'administration? Ils le veulent si peu, pour ce qui est de la communauté légale du droit français, que, dès qu'ils sont à même de faire un contrat, c'est pour la supprimer ou l'atténuer dans ses effets (cf. Danz, p. 31).

15. Reste alors à déterminer le criterium de distinction entre les deux catégories de dispositions, non seulement le criterium formel, car celui-ci résultera presque toujours des expressions de la loi, on l'a vu pour le Code civil, mais le criterium qui les sépare dans leur nature essentielle, puisque, de là, dépendra le portée même de la distinction.

16. Stammler, qui est l'un de ceux qui aient le plus profondément analysé cette matière, part de cette idée que, pour qu'il y ait lieu à interprétation, il faut qu'il y ait quelque chose à interpréter, donc une volonté qui soit douteuse pour le juge, mais qui ait existé. Une disposition interprétative supposerait donc une déclaration, expresse ou tacite, ou une convention accessoire portant sur le point douteux; il faudrait, en tous cas, que les parties eussent prévu la question et eussent entendu lui donner une solution.

Seulement, cette solution reste incertaine, parce que l'expression donnée à la volonté manque de clarté; et c'est alors que la loi, dans le doute, présume que les intéressés ont adopté le parti le plus conforme aux usages et à l'équité. Ce parti est celui que la loi indique comme solution présumée. C'est la solution qui a le plus de chances de correspondre à la volonté des parties; et la loi, en la donnant, ne cherche pas à substituer sa volonté à celles des parties, mais à se rapprocher au contraire le plus possible de ce qu'elles ont voulu.

17. Au contraire, lorsque la loi dispose, lorsqu'elle complète la volonté des parties, c'est qu'elle dispose à leur place; elle achève le contexte de leurs conventions, là où elles ont omis de le faire. Une règle subsidiaire suppose donc que les parties n'ont exprimé sur le point en cause aucune volonté, et que la loi l'exprime à leur place. C'est à ce titre qu'il est vrai de dire que la loi réglemente et dispose, en dehors de la volonté des parties. Ce n'est plus une volonté qu'elle interprètee, mais une lacune qu'elle comble, et qu'elle comble sans se préoccuper de ce que les parties auraient vraisemblablement voulu, ou de ce qu'elles auraient dû vouloir, mais en se préoccupant uniquement de ce qui lui semble le plus conforme au but de l'opération.

18. Les règles interprétatives constituent une disposition subjective, en ce sens qu'elles se rattachent à une volonté exprimée, mais mal exprimée. Les règles dispositives constituent un règlement purement objectif, voulu par la loi, et ne correspondant à aucune volonté, ni expresse, ni présumée, des parties.

Stammler en conclut que, s'il est démontré que les parties ont entendu laisser de côté le point en litige, et n'adopter, en ce qui le concerne, aucune solution précise, si la disposition légale qui s'y réfère est purement interprétative, elle ne s'appliquera pas, puisqu'il n'y a rien à interpréter, tandis que, si elle est dispositive, elle s'appliquera, puisqu'il y a une lacune à combler. Et il prend l'exemple de l'art. 314, d'après lequel, au cas d'aliénation d'une chose principale, s'il y a doute, l'aliénation s'étend à l'accessoire. C'est là, d'après l'expression du texte, une règle interprétative. Mais on aurait pu comprendre le contraire; et, en tous cas, on peut supposer, pour les besoins du raisonnement, soit qu'elle ait le caractère interprétatif, soit qu'elle ait le caractère dispositif. Prenons donc que l'attention des parties ait été, par avance, attirée sur ce point et qu'en fin de compte elles aient négligé de s'entendre sur la solution à adopter; il faudrait alors, si la règle est purement interprétative, la mettre de côté, car le doute prévu par la

loi n'existe pas; il n'y a aucune disposition douteuse à interpréter, il y a une lacune à combler. S'il s'agissait d'une règle subsidiaire et supplétive, c'est alors au contraire qu'elle s'appliquerait.

C'est ainsi que la conception que l'on se fait de la nature théorique de la distinction aboutit, au point de vue pratique, à en modifier du tout au tout la portée d'application.

19. Il y a tout d'abord, à cet égard une première observation qui doit frapper, c'est que si le point en question a nettement attiré l'attention des parties, il sera presque toujours inadmissible de dire qu'elles n'ont pas entendu le trancher par elles-mêmes. De ce qu'elles n'ont pris aucune disposition à cet égard, cela peut venir, ou bien de ce qu'elles ont pensé que la solution qui se trouve être la solution légale allait de soi, ou bien de ce que, par le fait qu'elles n'en parlaient pas, elles ont cru, précisément dans l'ignorance de la loi, que cela suffisait à écarter la solution qui se trouve être celle de la loi. Mais, dans un cas comme dans l'autre, elles ont entendu exprimer une volonté, une volonté qui se trouve mal exprimée, sans doute, et qui, à cause de cela, reste incertaine; mais, c'est précisément pour les problèmes de ce genre que, d'après Stammler lui même, la présomption légale est faite. Donc, loin de la rejeter il faudrait l'appliquer.

20. Pour nous trouver dans le cas prévu par Stammler, il faudrait supposer, en effet, qu'elles n'ont rien voulu conclure, ni dans un sens ni dans l'autre. Elles savent cependant bien qu'il faudra qu'une solution intervienne, et que ce soit l'une ou l'autre. Si donc elles n'ont pas voulu choisir elles-mêmes, c'est qu'elles ont entendu s'en remettre à la loi et à la réglementation légale, quelle qu'elle soit; réglementation dans les détails de laquelle elles ne sont pas entrées, et qu'elles ne connaissent pas, puisque si elles la connaissaient, elles l'auraient voulue directement, par le fait qu'elles s'en remettaient à elle.

Stammler suppose, par exemple, que, dans les préliminaires d'un contrat, l'une des parties ait voulu régler un point qui lui paraissait suspect; l'autre apaise ses scrupules et aucune clause n'intervient sur le point mis en cause. Evidemment cela tient, soit à ce que la partie qui avait soulevé la difficulté a cru qu'elle était tacitement tranchée dans un sens donné, soit à ce qu'elle s'en est remise à la réglementation légale du soin de tirer les conséquences juridiques accessoires de la convention principale. Ce second cas est bien une des hypothèses où Stammler a raison de dire que la loi vient, non pas interpréter, mais combler, la volonté des parties. Seulement remarquons deux choses : la première que,

si les parties ont tacitement accepté de s'en remettre à la loi, c'est donc par application de leur volonté que la solution légale s'appliquera; et la seconde que, si les parties sont censées avoir voulu adopter la réglementation légale, il serait vraiment extraordinaire de rejeter précisément, des deux solutions possibles, celle qui est admise par la loi sous forme de présomption, et cela sous le prétexte qu'il n'y a plus lieu à interprétation, mais à disposition subsidiaire. Est-ce que la solution acceptée par la loi à titre de présomption, au cas de volonté douteuse, ne serait pas exactement celle qu'elle aurait voulu également imposer pour le cas de volonté non exprimée? Il y a un *à fortiori* en faveur de la disposition légale.

21. Enfin, reste une troisième éventualité possible, et généralement la plus probable, ce sera celle où les parties n'ont aucunement prévu le point en cause : la question ne s'est pas présentée à leur esprit. C'est dans ce cas seulement que l'on peut dire, d'une façon absolument exacte, qu'elles n'ont exprimé aucune volonté à cet égard. Non seulement elles n'ont pas voulu directement telle ou telle solution précise, mais elles ne l'ont pas voulue indirectement, sous forme d'admission intentionnelle et consciente de la réglementation qu'en aurait donnée la loi. C'est dans cette hypothèse seulement qu'il est vrai de dire, avec Stammler, qu'en acceptant le contrat, elles en acceptent toute la réglementation légale, même celle portant sur des solutions qu'elles eussent rejetées si elles les avaient prévues. Et alors il est parfaitement exact de dire que la loi, en réglementant ces solutions, fait une réglementation purement objective, en dehors de toute question de prévision ou d'intention des parties. Donc il ne s'agit plus d'interpréter une déclaration, mais bien d'en combler les lacunes; et, cette fois, de les combler en dehors de toute volonté directe ou indirecte des intéressés. Va-t-on en conclura que, si la loi donne, en pareil cas, une règle qui, dans sa pensée, devait être purement interprétative et non dispositive, cette disposition devra être écartée, puisqu'il ne s'agit plus d'interpréter, mais de suppléer et de réparer les omissions des intéressés? Ce serait invraisemblable; car, là encore, il y a un *a fortiori* en faveur de la solution légale. La solution que la loi considérait, au cas de doute, comme répondant à la volonté présumée des parties, parce que c'est la solution qui répond la mieux, en somme, à sa volonté à elle, doit être *a fortiori* la solution qu'elle imposera, lorsqu'elle aura ses coudées franches, et qu'il s'agira, pour elle, d'appliquer ce qu'elle veut et non ce qui a été voulu par d'autres.

22. Donc, ce qu'il faut dire, en matière de dispositions interprétatives, c'est qu'elles sont interprétatives, sans doute, mais supplétives également, au moins à titre subsidiaire, et que, par suite, elles doivent s'appliquer, non seulement lorsqu'il y a une volonté à interpréter, mais lorsqu'il y a une volonté à compléter.

23. Dans le système de Stammler, dirait-on, à l'inverse, que les règles dispositives, ou supplétives, ne dussent s'appliquer que là où les parties n'ont exprimé aucune volonté sur le point en litige, et seulement lorsqu'il y a lieu réellement de suppléer une volonté qui fait défaut? Que l'on suppose, par exemple, que la disposition relative à l'accessoire, dans l'art. 314, ait un caractère subsidiaire et dispositif, ce qui n'est pas en fait; s'il résulte, des conventions qui accompagnent le contrat d'aliénation, que les parties ont entendu prendre des dispositions relatives à la transmission des accessoires de la chose, et que la convention qui s'y rapporte soit douteuse et demande à être interprétée, dira-t-on que la règle de l'art. 314, supposant, par hypothèse, une lacune à combler et non une déclaration à interpréter, devrait être écartée? Cette fois encore, il y a un a *fortiori* pour l'étendre à cette hypothèse. Ce que la loi a voulu imposer aux parties, indépendamment de leur volonté, et quelquefois même à l'encontre de leur volonté, doit être accepté à plus forte raison comme la solution à laquelle la loi donne la préférence, lorsqu'il y a une volonté exprimée et que cette volonté soit douteuse. De sorte que nous arrivons à une conclusion corrélative de celle que nous proposions, à savoir qu'une règle supplétive et dispositive n'est supplétive qu'à titre principal, et qu'elle est encore interprétative, au moins à titre subsidiaire.

24. L'opposition que l'on voulait établir entre les deux catégories de disposition se ramène, puisqu'il y a confusion des deux qualités, à une interversion de ces dernières. Les dispositions supplétives sont à la fois supplétives et interprétatives; et les autres sont interprétatives, d'abord, et, au besoin, supplétives. (Cf. sur tous ces points Höld., p. 34 et suiv.)

25. Le criterium de distinction cesse d'être qualitatif pour devenir, comme c'était le cas anciennement, purement quantitatif. Seulement, si la nature des deux catégories de dispositions est la même, ou à peu près, cette nature n'est pas, ou n'est plus, celle que l'on voulait jadis lui attribuer. Ce que l'on appelle une disposition légale interprétative n'a encore que par fiction le caractère d'une interprétation de volonté : il n'y a pas d'interprétation légale de la volonté des parties. Dire que la loi interprète

par avance une déclaration de volonté est un pur non-sens, ou, tout au moins, une fiction qui ne se défend plus. Il n'y a pas d'interprétation abstraite d'un fait concret. Il n'y a pas, dans la vie, deux déclarations identiques, alors que tous les termes en seraient les mêmes. Il n'y a pas deux contrats qui, au point de vue de la volonté qu'ils expriment, soient l'expression de la même volonté, entendue cependant d'une volonté objective.

Sans doute, la loi, dans les dispositions purement interprétatives, n'a pas la prétention d'interpréter par avance une volonté dont elle ignore les termes : elle donne précisément au juge mission de faire cette interprétation sous sa forme concrète. C'est seulement lorsque cette interprétation aboutit à l'incertitude que la loi tranche la difficulté et impose la solution; et elle l'impose comme étant celle que les parties auraient adoptée si elles eussent voulu s'exprimer d'une façon précise, et que, par suite, elles doivent être présumées avoir acceptée. Cela revient à dire que, lorsqu'il y a doute, la loi substitue sa présomption à celle que le juge aurait pu tirer des circonstances de la cause. Car, enfin, pour imposer sa présomption à elle, la loi n'exige pas qu'entre les deux solutions possibles les chances soient égales; la seule condition qu'elle prévoie, c'est le doute. Or le doute n'exclut pas une certaine probabilité; et de droit commun, le juge, au cas de doute, se décide d'après les probabilités, c'est-à-dire, en somme, d'après une présomption. Il peut très bien se faire, dans une espèce en cause, que la présomption qui se dégagerait des circonstances, si le juge était maître de s'en prévaloir, serait une présomption contraire à la solution légale. Mais une présomption n'est pas une preuve; c'est encore l'incertitude, c'est encore le doute, malgré les probabilités qui doivent faire incliner vers telle solution plutôt que vers telle autre. Donc si c'est le doute, la loi s'applique; la présomption du juge sera écartée, la présomption légale lui sera substituée. Toutes les chances, si l'on s'en tenait à une recherche de volonté, seraient dans l'espèce, en faveur de la solution contraire à celle de loi; du moment qu'il y a doute, c'est la présomption opposée qui devra l'emporter. Pour l'écarter, il faudra qu'en fait le juge déclare que cette présomption vaut preuve et qu'elle supprime le doute. Mais ceci est une question de fait. En droit, s'il constate qu'il y a doute, si fortes que soient les présomptions contraires, la loi substitue sa présomption à celle du juge.

26. La loi fait, à l'égard de la preuve par simple présomption, ce qu'elle ferait, s'agissant des règles dispositives, à l'égard de la preuve qui ne résulterait pas d'une déclaration expresse. En d'autres

termes, dans les deux cas, la loi souhaite l'application d'une disposition qu'elle préfère à toutes les autres, sans cependant prohiber toute réglementation contraire. Seulement, elle en souhaite l'application avec plus ou moins d'énergie; et, pour faire prévaloir sa volonté, elle n'admet, comme preuve de volonté contraire, que certains modes de preuve. Dans les deux cas, elle restreint la liberté du juge en matière de preuve, elle écarte la volonté contraire lorsqu'elle résulte de certaines preuves qu'elle juge insuffisantes.

27. Donc, le procédé légal est le même dans les deux cas, le but est identique, il n'y a de différence que dans la rigueur avec laquelle la loi vient limiter la liberté du juge. Si, par suite, en matière de règles subsidiaires, on admet qu'il ne s'agit plus, ni de présomption, ni d'interprétation, mais de réglementation légale, il faut reconnaître qu'il en est de même en matière de dispositions interprétatives. Il s'agit encore d'une réglementation faite par la loi, mais que la loi n'impose que si le juge a recherché la volonté des parties par tous les moyens d'interprétation qui sont à sa disposition, pourvu qu'il arrive à une preuve légale et à une certitude juridique : si le doute subsiste, la loi se substitue au juge.

28. Toute la question est donc de savoir dans quelle mesure se trouvera limitée et restreinte la liberté d'interprétation du juge, suivant qu'il s'agira de règles soi-disant interprétatives ou de règles soi-disant supplétives. Il y aurait tout avantage à désigner les premières précisément sous le nom de règles supplétives, et les autres sous celui de règles dispositives : les premières suppléent la volonté lorsqu'elle est douteuse, les autres disposent, même dans des cas où elle n'est plus douteuse; il n'y a un degré d'intensité de plus.

29. En ce qui touche les dispositions qualifiées d'interprétatives, la solution ne paraît guère susceptible de soulever de doutes sérieux. La réglementation légale est écartée par toute preuve de volonté contraire, faite par tous les modes d'interprétation du droit commun, sauf la prétendue preuve qui résulterait d'une simple probabilité, et par suite d'une simple présomption du juge, et qui laissât subsister un doute, par conséquent, sur l'existence de cette volonté contraire. Cela ne veut pas dire que le juge ne puisse pas arriver par voie de présomption tirée des circonstances de la cause à se faire une conviction au sujet de l'existence d'une volonté contraire; la preuve d'une volonté tacite ne se fait pas autrement. Mais si cette présomption n'aboutit pas à l'évidence, et qu'il n'en résulte qu'une simple probabilité dans la conscience du

juge, c'est alors, s'il était le maître, qu'il se déciderait d'après l'évaluation des probabilités. Cette présomption, tirée d'une simple probabilité, par opposition à celle qui conduit à la preuve, est précisément la présomption exclue par la loi. Elle tombe devant la présomption légale. La règle est celle de la liberté d'interprétation la plus complète laissée au juge, sauf la réserve qui vient d'être indiquée.

30. Reste une dificulté au cas de contrat formel, puisqu'il ne peut y avoir, en pareille matière, de volonté déclarée que celle qui se trouve exprimée dans la forme légale. Si donc la volonté contraire ne résulte que des circonstances de fait, en dehors des clauses de la déclaration donnée sous la forme prescrite, faut-il dire qu'elle soit non avenue pour le juge? Stammler (p. 65) a prévu la question pour le cas de l'art. 314, lorsqu'il s'agit d'aliénation d'immeuble, le contrat qui s'y réfère devant être passé sous la forme authentique (art. 313). Si c'est d'un échange de correspondances, par exemple, que résulte la preuve que les parties n'ont pas voulu joindre l'accessoire au principal, cette volonté, dit Stammler, est non avenue. Il en conclut, dans le système qui est le sien, que, les parties étant censées n'avoir pris aucune décision sur ce point, la règle interprétative de l'art. 314 ne s'applique pas. Ce qu'il faut remarquer c'est que, si la convention des parties eût été en faveur de l'application de l'art. 314, Stammler devrait donner une solution analogue, puisque, dans un cas comme dans l'autre, il y a absence de décision sur le point en question; ce qui, d'après Stammler, doit aboutir au rejet de la règle interprétative de l'art. 314. Quoi qu'il en soit de ce système et de ce mode de raisonnement, la question doit être reprise sous l'empire du système, un peu différent de celui de Stammler, qui a été exposé. A supposer que la déclaration tacite, ou tout au moins non formelle, soit en faveur de la solution légale, si l'on considère cette déclaration comme non avenue, la solution légale ne s'en appliquera pas moins, puisqu'elle s'impose à défaut de volonté contraire. La controverse ne prend d'importance pratique que, si la clause accessoire, et non formelle, est à l'opposé de la solution légale; celle-ci s'imposera-t-elle encore, sous prétexte que la preuve d'une volonté contraire n'est pas faite?

31. Peut-être est-ce une réponse trop absolue que d'admettre l'affirmative dans tous les cas. Car on est à peu près d'accord pour reconnaître, en matière de contrats formels, que les échanges de vues ou déclarations non formelles qui accompagnent la convention principale peuvent servir à l'interpréter; tout ce que

la loi exige, c'est que tous les éléments qui composent le contenu du contrat soient exprimés sous la forme légale, donc que les déclarations qui s'y réfèrent soient faites sous cette forme. Mais, une fois la déclaration donnée avec les formalités requises, rien n'empêche, quand il s'agit de l'interpréter, d'en chercher les éléments d'interprétation dans des circonstances étrangères à la déclaration prise sous sa forme solennelle : c'est l'application même de l'art. 133, lequel se réfère aussi bien aux déclarations formelles qu'à toutes les autres. Si donc il était établi que, dans la déclaration formelle, les parties eussent entendu régler le point relatif à la question faisant l'objet de la disposition légale, celle de l'accessoire, par exemple, telle qu'elle est prévue par l'art. 314, toutes les circonstances de fait qui viendraient éclairer et préciser cette volonté seraient admises comme éléments normaux d'interprétation; de telle sorte que, s'il s'en déduisait une volonté contraire, la présomption légale, pour la désigner sous sa dénomination traditionnelle, ne s'appliquerait plus. Mais, s'il était parfaitement certain que la déclaration principale n'a pas entendu se référer à la question de l'accessoire, les déclarations non formelles qui s'y référeraient ne feraient pas partie du contenu du contrat, et la disposition légale de l'art. 314 l'emporterait; sauf aux parties à invoquer suivant les cas, soit la ressource de l'art. 119, soit celle de l'art. 155.

32. Si nous passons maintenant aux règles considérées comme dispositives, la question est autrement délicate, en dehors même des contrats formels. Il s'agit de savoir quelle preuve la loi exige, pour que la volonté contraire puisse être admise à l'encontre de la réglementation légale.

33. Les termes employés par la loi sont généralement conçus en ce sens que, pour qu'il en soit autrement, il faut que le contraire ait été convenu par les parties, ou qu'il y ait eu de leur part une disposition à cet égard : cela fait allusion à une déclaration contractuelle ou unilatérale suivant les cas: et cela signifie que cette déclaration a dû faire l'objet d'un acte juridique spécial : c'est tout ce qu'on en peut conclure. Quant à exiger que cet acte juridique ait dû se former par voie de déclaration expresse, aucune disposition de la loi ne nous y autorise. Une clause spéciale, conclue ou fixée par acte juridique, peut résulter, de droit commun, d'une déclaration tacite aussi bien que d'une déclaration expresse; et alors cette déclaration pourra donc s'induire des circonstances de l'espèce, aussi bien que des termes de la déclaration principale. S'il en est ainsi, quelle différence y aura-t-

il à faire entre ces dispositions et les autres, puisque dans les deux cas la preuve contraire, c'est-à-dire la preuve d'une déclaration contraire, doit pouvoir être procurée par tous les moyens possibles?

34. Il semble bien, si l'on veut préciser au plus juste la nuance qui les sépare, qu'en matière de règles dispositives, il faille, pour les écarter, une disposition spécialisée. Autrement dit, il faut que les parties aient spécialement prévu la question et qu'elles aient entendu la résoudre, peu importe qu'elles l'aient résolue tacitement ou expressément. Mais, du moment que l'on exige une disposition spéciale, cette volonté contraire ne pourrait pas s'induire, par voie de présomption, de l'ensemble du contrat principal. De sorte qu'en cette matière on exclut, pour former la preuve contraire, les deux sortes de présomptions qui peuvent se présenter. On écarte, non seulement les présomptions constitutives de simples probabilités, mais encore celles qui seraient constitutives d'une preuve morale complète, si cette preuve résultait seulement d'une appréciation générale des circonstances de fait ou de l'ensemble de l'opération juridique, et que, dans le contenu du contrat ou de la déclaration, n'eût pas été spécialement prévue et renfermée la décision relative au point en litige.

35. Dans les dispositions dites interprétatives, la preuve de la volonté contraire peut résulter, à l'inverse, d'une appréciation d'ensemble, tirée de toutes les circonstances de la cause, et constituant une présomption considérée comme preuve suffisante de l'intention des parties.

Il va de soi aussi que, si cette déclaration spéciale, constitutive d'acte juridique spécialisé, est reconnue exister, il importe peu qu'elle soit suffisamment claire par elle-même, ou qu'elle ait besoin d'interprétation. Et alors la question qui s'est déjà posée à propos des actes formels se représente à nouveau, et doit être résolue dans des termes à peu près analogues. Pour que la volonté contraire se fasse admettre, il faut qu'elle fasse partie du contenu de la déclaration formelle, à l'état de clause spéciale, et non par voie de simple présomption générale, tirée de l'ensemble de la déclaration. Une interprétation, fondée sur des faits étrangers à la déclaration formelle et qui aurait pour objet d'établir que, de l'ensemble de cette dernière, résulte la volonté des parties d'exclure la solution légale, ne constituerait pas une preuve suffisante à l'encontre de celle-ci. De même une clause spéciale, mais conclue en dehors de la déclaration formelle, et sous forme accessoire, serait encore une preuve considérée comme non avenue,

parce que cette clause, n'étant pas rédigée sous la forme légale, ne ferait pas partie du contenu du contrat. Il faudrait donc qu'il fût établi qu'une clause spéciale a été prévue par les parties et insérée dans le contenu de la déclaration formelle; seulement si cette clause est obscure et qu'elle ait besoin d'interprétation, on en pourra déduire le sens exact de tous les éléments d'appréciation étrangers à la déclaration elle-même.

36. Si l'on recherche maintenant la raison d'être de la différence, purement quantitative, qui existe entre les deux catégories de dispositions, on ne saurait la trouver que dans une différence d'appréciation, en ce qui touche l'importance que la loi attache aux diverses réglementations dont elle cherche à procurer, et au besoin à faire prévaloir, l'application.

Peut-être, si l'on veut aller plus loin, et aboutir à une véritable différence de nature, pourrait-on dire, que, ce qui est à la base des règles dispositives, c'est une raison d'ordre public, non pas, sans doute, qui soit telle qu'on ne doive permettre aucune disposition contraire, mais qui, du moins, tout en admettant des dérogations exceptionnelles, doive rester la règle générale; tandis que, pour les dispositions interprétatives, c'est la prépondérance des usages courants que l'on cherche à maintenir. Mais, dans l'un et dans l'autre cas, ce ne sont jamais, pour servir de fondement à la disposition légale, que des raisons toutes relatives et susceptibles de variations, si ce n'est même d'interversion radicale. Le motif d'ordre public, qui inspire les règles dispositives, ne repose pas sur un ordre absolu, on l'a déjà vu; il ne suppose pas une appréciation qui ne comporte ni de plus ni de moins. Il repose sur l'importance toute relative que la loi attache à ce que, au point de vue d'un intérêt qu'elle considère comme touchant à l'ordre public, telle réglementation l'emporte sur les réglementations contraires. Et, de même, le motif tiré de la prépondérance des usages repose sur la constatation de coutumes prépondérantes, mais à l'application desquelles la loi ne voit aucun motif d'ordre public sérieusement engagé. Ce sont là des questions d'appréciation légale, reposant sur les conceptions et usages en cours au moment de la confection de la loi.

37. Aussi, peut-on se demander si, les conceptions venant à changer au cours de l'évolution interprétative du droit, le juge ne pourrait pas, par voie de constatation et d'interprétation, modifier le caractère attribué par la loi à ses propres dispositions. L'affirmative n'est pas douteuse pour celles qui ont le caractère purement interprétatif, et qui reposent uniquement sur la pré-

somption d'usages prépondérants. Si ceux-ci viennent à changer, la présomption de la loi devra tomber avec la disparition des usages qui la justifiaient. Ce n'est pas là modifier la loi, mais l'appliquer dans son principe. Ce dernier consistait en ce que la règle subsidiaire, à moins de clauses dérogatoires spéciales, dût être en faveur de l'usage en cours. De ce principe, la loi a fait une application pour l'époque où elle a été établie. La même application doit se faire, dans le même sens et de la même manière, au fur et à mesure que les usages se modifient et que la prépondérance passe à des coutumes différentes : cette application continuera à se faire au profit de l'usage actuellement en cours. On verra un exemple très frappant de ce principe dans l'interprétation donnée par la jurisprudence française de l'art. 525 § 2, C. civ. fr. Ce texte exigeait, pour que les glaces d'un appartement fussent considérées comme accessoire de l'immeuble, qu'elles fussent enchâssées dans la boiserie. Tels étaient les usages en cours vers 1800. La jurisprudence, au moins à Paris, se contente du fait que les glaces soient fixées à la boiserie, sans faire corps avec elle. C'est que les usages ont changé sur ce point (cf. PLANIOL, *Traité de droit civil*, I, n° 835).

38. La question est beaucoup plus délicate lorsque ce ne sont plus les usages, mais les conceptions, qui se modifient : lorsque, par conséquent, c'est la notion, au moins relative, d'ordre public qui se transforme. Il faut supposer, par exemple, que la préférence que la loi attachait à telle réglementation, qu'elle jugeait la meilleure au point de vue de l'ordre public, ne soit plus en harmonie avec la conception que l'on se fasse à un moment donné de l'ordre public lui-même et de ses exigences. La notion d'ordre public est une conception évolutive qui se transforme incessamment. La question revient à savoir si le juge a le droit de modifier son interprétation suivant les variations qui se produisent en cette matière, ou si c'est à la loi seule qu'il appartient de donner satisfaction à ces transformations de la notion d'ordre public. Cette dernière solution s'impose lorsqu'il s'agit de la notion d'ordre public absolu, laquelle se traduit par voie de dispositions impératives. La loi seule est juge des modifications à apporter aux actes ou prohibitions absolues qu'elle édicte. Le juge ne pourrait permettre d'y déroger, sous prétexte que ce qui fût d'ordre public absolu à l'époque de la loi ne serait plus désormais que d'ordre public relatif.

39. Mais on peut penser qu'il en serait différemment en matière d'ordre public relatif, lorsque la loi n'impose pas une solution,

mais qu'elle se contente d'en préférer l'application, en vue de l'ordre public. Cela prouve qu'elle a admis, elle-même, la relativité du motif d'ordre public sur lequel elle s'appuie, et qu'elle a prévu la possibilité d'une différence d'intensité, en ce qui touche l'importance des intérêts en cause. Que l'on suppose, par exemple, que la fréquence des clauses spéciales d'exception, devenues de style, fasse de la réglementation contraire comme le droit commun de la matière, pourra-t-on dire encore que l'ordre public, tel qu'on en est arrivé à le concevoir, continue à exiger la prépondérance de la réglementation légale? Ce serait bien insoutenable, puisque cette dernière ne s'applique plus, et que le défaut d'intervention du législateur prouve que l'ordre public n'en souffre pas. Il en faudrait donc conclure que la prépondérance maintenue dans les termes de la loi n'existe plus qu'à l'état de prépondérance coutumière, sans impliquer aucune prépondérance tendancieuse dans un but d'intérêt public. Si donc, en présence d'un état de choses tel que celui qui vient d'être décrit, la volonté de déroger à la loi se trouvait résulter, non plus d'une clause spéciale, mais de l'ensemble des circonstances qui expliquent la déclaration, ne devrait-on pas faire prévaloir cette volonté contraire, comme on le ferait en matière purement interprétative? La réponse dépend de la conception que l'on doit se faire de l'interprétation des lois, en même temps que de celle que l'on doive appliquer à la notion d'ordre public. L'une et l'autre sont de nature à justifier, au moins dans l'exemple qui vient d'être choisi, cette transformation de caractère d'une disposition légale, du moment qu'elle n'est pas impérative; on le verra plus au juste par voie de rapprochement de ce qui va être dit de l'interprétation en matière d'actes privés, et surtout par référence à la notion d'ordre public, telle qu'elle sera donnée sur l'art. 138.

§ 2

40. On vient de voir la place que l'interprétation légale laissait à l'interprétation judiciaire; il reste à étudier comment celle-ci doit se faire et sur quel principe elle repose.

41. A lire l'art. 133, il semblerait qu'il fût toujours permis au juge de rechercher la volonté réelle, pour en procurer l'application effective et la faire considérer comme constituant le contenu de la déclaration : la volonté vraie l'emporterait toujours sur la volonté déclarée. S'il en était ainsi, tout le système de la déclaration n'aurait plus aucun sens. Le principe, d'après lequel la

volonté ne vaut que dans la mesure où elle a fait l'objet d'une déclaration valable, serait non avenu; et le premier alinéa de l'art. 119 deviendrait inutile. Car à quoi bon faire annuler une déclaration pour erreur dans la teneur qui lui a été donnée, si cette dernière peut être tenue pour nulle, et si l'on a le droit de lui substituer la formule qui était dans la pensée de l'auteur même de la déclaration? Donc, si nous appliquons à l'art. 133, tout le premier, le principe d'interprétation qu'il pose, nous dirons qu'il est impossible de l'entendre à la lettre, et qu'il importe de le combiner avec le système d'ensemble du Code allemand sur la déclaration de volonté.

42. D'autre part, il est bien certain, et c'est même le premier objet que l'art. 133 puisse avoir en vue, qu'une déclaration ne doit pas, sous prétexte de nécessités de crédit, s'interpréter dans son sens littéral, et que celui qui l'a émise n'est pas lié au texte brut dont il s'est servi. Celui à qui une déclaration s'adresse a le devoir d'en faire lui-même une première interprétation normale, conforme à ce qu'il peut saisir de la pensée et des intentions de l'autre partie, et conforme surtout aux exigences moyennes de l'équité, au lieu de se croire le droit de s'emparer, plus ou moins frauduleusement, d'un terme excessif, insuffisant ou équivoque, pour nuire à celui qui prend l'initiative de l'opération, et le lier à son texte. Ainsi donc, de la part de l'auteur de la déclaration, obligation de ne pas induire en erreur la partie à laquelle il s'adresse par une déclaration qui ne laisse pas apercevoir son contenu véritable; et, de la part de l'autre partie, nécessité d'entrer dans l'intention de celui qui s'adresse à elle, pour la comprendre et pour éviter toute surprise contraire à la loyauté. En affaire, il faut jouer franc jeu; et ce *fair play* s'impose aux deux parties De là, par conséquent, la nécessité de trouver, en matière d'interprétation, un moyen terme, qui tienne la partie égale entre les deux intérêts en conflit.

43. La conception la plus récente qui ait été invoquée pour donner satisfaction à ces nécessités, quelque peu contradictoires, est d'appliquer, toutes proportions gardées, à l'interprétation des actes privés, le principe qui domine aujourd'hui l'interprétation des actes législatifs. On est, à peu près, d'accord pour admettre que l'interprétation en matière de lois n'a pas pour but une recherche de volonté, et qu'elle ne consiste pas à découvrir la volonté du législateur, chose impossible, et but purement fictif. Car, s'il en était ainsi, il faudrait savoir ce que chacun de ceux qui ont participé au vote de la loi a voulu et dégager de

cette moyenne la volonté générale, qui a été celle de la majorité, toutes choses irréalisables. Le législateur émet la loi comme un principe d'ordre social, qui doive se suffire à lui-même, dans son adaptation constante aux exigences sociales. La loi est un instrument de réglementation sociale; elle doit s'interpréter de la façon la plus conforme au bon fonctionnement du mécanisme créé par le législateur. Et comme la matière sociale est une matière organique, en voie de transformations constantes, la réglementation qui s'y applique doit suivre l'évolution progressive du milieu pour lequel elle est faite. L'adaptation de la loi se moule en quelque sorte à la plasticité des éléments auxquels elle s'applique; de sorte qu'elle devient, elle-même, un organisme qui se développe et qui porte ses fruits, précisément par l'interprétation incessamment progressive qui en est faite. Le juge, loin d'être l'instrument passif que l'on prétend, est le régulateur de la vie sociale, dans ses rapports avec la loi.

44. En tant qu'il s'agit d'intérêts privés, la loi a pour but, non seulement de s'adapter aux besoins des individus, mais de fournir à ceux-ci la variété de mécanismes juridiques qui leur sont nécessaires pour atteindre les différents buts économiques, moraux ou sociaux, qu'ils poursuivent; et, comme les individus, quoi qu'en pensent les partisans extrêmes de l'autonomie de la volonté, sont incapables de pourvoir à la réglementation juridique de leurs propres desiderata, c'est la loi qui doit faire cette réglementation pour eux; de là ces règles supplétives et dispositives dont il a été déjà question. Et, enfin, comme la loi elle-même ne peut pas tout prévoir, et qu'elle ne travaille que sur une matière abstraite, alors que le droit ne vit que de matière concrète, ce que la loi ne peut faire, par voie de dispositions supplétives, c'est au juge à le faire, par l'intelligence qu'il a de chaque espèce, et par le contact qu'il prend avec la vie. C'est à lui, par conséquent, de faire au point de vue concret, ce que la loi faisait au point de vue asbtrait; c'est-à-dire d'aider les parties à dégager la réglementation concrète de leurs propres conventions, de compléter leurs propres déclarations, dans le sens de leurs volontés légalement exprimées; d'être, en un mot, en suivant l'orientation de leurs propres volontés, le régulateur de leurs intérêts réciproques, dans le sens du droit et de la loyauté, bases de tout crédit et de toutes relations sociales. En d'autres termes, les résultantes de l'interprétation judiciaire sont des règles supplétives, de caractère analogue à ce que l'on est convenu d'appeler les présomptions légales, et qui sont, aux espèces concrètes qui se présentent dans la vie, ce

qu'étaient les dispositions interprétatives de la loi, par rapport aux cas abstraits qu'elle prévoit.

45. L'interprétation d'une loi comprend ainsi un rôle actif et positif qui consiste à extraire des termes de la loi le sens le plus conforme au but social de la loi, dans son adaptation individuelle à chaque espèce en cause. On consultera principalement sur tous ces points, avant tout, l'ouvrage, si riche et si complet, de M. Gény qu'il faut toujours mettre en première ligne dans toutes ces matières (GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899); et également les écrits de Danz et, en particulier, son étude sur l'interprétation des actes juridiques (DANZ, *Auslegung der Rechtsgeschäfte*, 1897; cf. KIPP sur WIND. I, § 84 et p. 381-382).

46. Danz en a conclu, avec raison, que l'interprétation judiciaire, lorsqu'elle s'applique à un acte législatif, diffère essentiellement de la preuve proprement dite. L'interprétation ne serait qu'une question de preuve, s'il s'agissait de prouver ce que le législateur a voulu; ce serait un fait matériel. Mais l'interprétation, pour le juge, n'est pas une question de fait, c'est une question de droit. Il s'agit, pour le juge, d'appliquer au fonctionnement organique de la loi les règles d'adaptation pratique qui conviennent à son but, en concordance avec le système général qui ressort de ses termes, pris dans leur sens normal et intelligible pour tous. Il faut que l'interprétation du juge soit celle que tout le monde pourrait faire, en se plaçant dans l'état actuel, et dans les conditions sociales où vivent ceux à qui la loi s'applique. Sinon, s'il en était autrement, l'application de la loi risquerait d'être une surprise pour tous et resterait une menace perpétuelle pour les intérêts privés. Et c'est ce qui arriverait, si le juge n'avait qu'à faire la preuve de la volonté du législateur. Car, à supposer qu'il puisse la connaître, à force de recherches plus ou moins compliquées, il est bien certain que les particuliers, pour qui la loi est faite, en sont incapables, et que toutes les surprises seraient pour eux, ou contre eux. Il faut, pour qu'ils puissent faire eux-mêmes l'interprétation de la loi comme le juge dût la faire, que cette interprétation repose toute entière sur le présent, et sur les conditions sociales au milieu desquelles vivent les intéressés, sans avoir besoin d'invoquer aucun élément tiré du passé. Voilà pourquoi l'interprétation n'est pas une question de preuve, mais une recherche d'adaptation sociale, une mise au point de la loi prise dans son texte, et celui-ci interprété au sens le plus clair et le plus intelligible pour tous; il s'agit d'une mise au point de la loi, par rapport aux conditions sociales qui lui servent de milieu d'application. Cette recherche est une question de droit;

car elle est dominée par des principes juridiques, conceptions de justice et d'équité juridiques, règles du raisonnement juridique, et autres procédés de ce genre. Il ne s'agit plus de la matérialité d'un fait que l'on eût à prouver.

47. Toute cette conception doit s'appliquer à l'interprétation des actes privés : l'acte privé, comme l'acte législatif, est un document destiné à la réglementation des intérêts en cause, de même que la loi est faite pour la réglementation des intérêts généraux. L'acte privé ne concerne que deux parties; la loi concerne tout le monde. Mais, dans les rapports entre les deux intéressés, l'acte privé a la même fonction à remplir que l'acte législatif vis-à-vis de la communauté. Il ne s'agit donc pas davantage, en matière d'acte privé, d'une recherche intégrale de la volonté psychologique; il s'agit d'établir la volonté juridique, c'est-à-dire celle que l'auteur de la déclaration a créée pour servir de loi entre lui et ses cointéressés. Cette loi a désormais une existence indépendante de celui qui l'a émise. Elle vient de lui et repose sur sa volonté : elle est un acte de volonté. Mais elle n'est pas une traduction forcée de sa psychologie interne; elle est une charte destinée à la réglementation des intérêts en cause. Elle doit donc s'appliquer de la façon dont ces intérêts l'exigent, en tenant compte des usages, des nécessités de crédit et des lois de l'équité.

48. Pas plus qu'en matière d'interprétation de loi, il ne s'agit ici d'une question de preuve; car, dans un cas comme dans l'autre, il n'y a pas de fait dont la matérialité soit à établir. Il y a une adaptation à faire d'un texte juridique, texte qui doit être pris dans son sens le plus intelligible, mais aussi le plus conforme au milieu d'application pour lequel il a été fait.

49. Il y a, toutefois, cette différence avec la loi proprement dite, que celle-ci est faite surtout pour l'avenir et qu'elle constitue un organisme permanent, qui, comme tout organisme, progresse et se transforme; et c'est pourquoi ce serait aller contre le but de la loi, on l'a vu, que d'en ramener l'application et, par conséquent, l'interprétation, à ses origines premières.

50. L'acte privé, au contraire, n'est pas un document fait pour l'avenir, mais pour le présent, qui vise les intérêts en cause lors de sa création et qui vise à les réglementer comme les parties l'ont voulu au moment même où il a été émis. C'est donc à ses origines qu'il faut en faire remonter l'interprétation, sauf les hypothèses où les parties seraient censées s'en être remises au juge, régulateur et arbitre de la loi, et de leur loi à elles, du soin de régler, sur la base du texte initial, et sous les modifications

que l'avenir imposerait, les intérêts nouveaux, ou les nécessités nouvelles, qui se présenteraient dans le fonctionnement même des rapports de droit qu'elles auraient établis entre elles.

51. Or, la preuve que le nouveau droit allemand repose, tout entier, sur ces conceptions résulte, d'une façon complète, de ce seul fait que, partout, à la volonté interne, on a substitué la déclaration de volonté. Là où l'on parlait autrefois de volonté, on parle désormais de déclaration. Là où l'on recherchait ce qui a été voulu, on recherche ce qui a été déclaré. Là où l'on posait en principe que la volonté, dans sa réalité psychologique, est souveraine, on déclare que la volonté n'est souveraine que sous sa forme juridique. La théorie des actes juridiques du Code allemand a cessé d'être une psychologie juridique, pour devenir une forme juridique de la psychologie. Le droit a reconquis sa place à l'encontre de la psychologie; et ainsi le veulent les intérêts en cause, le crédit social et l'équité générale. Du moins en est-il ainsi en matière de droit civil et de transactions commerciales; car, s'il s'agissait de droit pénal, ce serait en sens tout opposé, dans le sens de l'individualisation psychologique, que devrait se faire l'orientation juridique.

52. Et maintenant, si l'art. 133 parle encore de volonté réelle, cela veut dire que, pour savoir comment entendre la volonté déclarée, il faut tenir compte de toutes les circonstances extérieures, de tous les faits apparents, qui puissent permettre de trouver dans la volonté déclarée la manifestation la plus rapprochée de la volonté réelle. L'intérêt du destinataire d'une déclaration n'exige qu'une chose, c'est qu'on ne lui impose pas une interprétation qu'il n'aurait pas pu faire lui-même. Mais il n'exige pas qu'on lui épargne une recherche de volonté, pour lui permettre de s'en tenir à un texte littéral. La bonne foi impose des devoirs au destinataire d'une déclaration comme à son auteur. L'un doit être lié à sa parole, mais l'autre a le devoir de rechercher quelle est exactement la parole donnée. Tel est le sens exact de l'art. 133.

§ 3

53. Voyons donc, car c'est à cela que tout se ramène, comment ce système d'interprétation de l'art. 133 va se combiner, d'une part, avec la conception juridique de la déclaration de volonté, et d'autre part, avec le système de l'art. 119 sur l'erreur; et, bien entendu, il ne s'agira ici que des actes juridiques considérés

comme actes de transactions économiques, en dehors des dispositions testamentaires (cf. art. 2078).

54. Le principe fondamental de la matière est que la volonté ne peut avoir d'effets juridiques que si elle est déclarée, et que dans la mesure où elle a fait l'objet d'une déclaration extérieure. Mais, d'autre part, cette déclaration n'a pas besoin d'être formelle; elle peut se réaliser par toute manifestation extérieure et voulue, serait-elle purement tacite et résulterait-elle même du silence voulu et conscient de l'intéressé. Même lorsqu'une déclaration est donnée sous une forme solennelle, le sens de cette déclaration doit pouvoir s'induire de tous les faits extérieurs qui en éclairent la portée, pourvu que ces manifestations accessoires ne visent pas à introduire une volonté nouvelle, distincte de celle qui s'est manifestée sous la forme adoptée, et du moment qu'il s'agit uniquement de préciser cette volonté elle-même et de déterminer l'acte de volition qui a été revêtu de la forme à laquelle les parties se sont soumises, obligatoirement ou volontairement.

55. Mais ce principe de large interprétation se trouve limité par les trois règles suivantes, qui dérivent de l'idée même de déclaration, et sans lesquelles la valeur juridique de cette conception se trouverait annulée.

56. 1° Le rôle de l'interprète doit consister uniquement à rechercher ce qui a été l'objet exact de l'acte de volition finale qui a présidé à la déclaration, donc à déterminer ce que l'auteur de la déclaration a voulu déclarer, au moment où la déclaration a été faite; et non à rechercher ce que l'auteur de la déclaration avait l'intention de vouloir. Il s'agit de prendre sa volonté dans son acte final et définitif, et non dans son ensemble, en remontant à la genèse de sa décision. Cette recherche des motifs peut expliquer ce qu'a dû être la décision finale, lorsque le sens en est douteux. Mais elle est sans valeur, si elle n'aboutit qu'à établir ce qu'aurait dû être cette décision, si son auteur avait eu une vue plus nette, et une intelligence plus complète, des moyens de mettre sa décision en harmonie avec ses intentions.

57. Si donc cet acte de volition finale n'a pas été ce que son auteur aurait dû vouloir, le juge pourra mettre en jeu d'autres remèdes juridiques pour venir en aide à celui qui n'a pas su donner une expression juridique exacte à ses intentions; mais le juge ne peut substituer à sa volonté, telle qu'il l'a déclarée, la volonté qu'il aurait dû déclarer. Les ressources mises ainsi à la disposition du juge seront l'annulation pour vices du consentement, dol, violence ou erreur. Ce ne sera pas la substitution

d'une déclaration à une autre, donc la substitution à la volonté déclarée d'une volonté qui ne l'a pas été.

58. La conséquence à en tirer sera que, si cette annulation pour vice du consentement n'est pas, ou n'est plus, possible, la déclaration vaudra, telle qu'elle a été donnée, et produira les effets juridiques qu'elle devait produire.

59. A s'en tenir exclusivement à ce premier principe, on aurait dû en conclure que, si la volonté, telle qu'elle a été exprimée, n'était plus la volonté émise dans l'acte de volition finale, la déclaration aurait dû être nulle, comme portant sur une volonté qui n'a pas existé, pourvu toutefois que cette inexistence de la volonté, telle qu'elle résulte de la déclaration, fût établie par les procédés normaux d'interprétation qui vont être indiqués. Ainsi, par exemple, l'interprétation, dans son fonctionnement normal, conduit à cette conclusion, que je n'ai jamais voulu vendre ma maison A et que c'est par pure erreur ou inadvertence que je l'ai substituée sous ma plume à ma maison B que j'avais en vue. Si j'avais voulu offrir ma maison A, parce que je la prenais pour ma maison B, ma déclaration correspondrait encore à la volonté finale que j'ai émise. Mais je n'ai jamais voulu parler de l'immeuble B; donc celui-ci n'a jamais été voulu par moi. Il y a erreur dans l'expression de la déclaration : à s'en tenir à la première règle, l'interprète devrait avoir le droit, soit de substituer ma volonté vraie à la volonté déclarée, soit tout au moins d'annuler cette dernière. Et, de cette façon, on ne pourrait plus lui reprocher de substituer ce qui n'a jamais été voulu à une volonté réellement émise. Il ne ferait que déclarer, au contraire, ce qu'a été la volonté émise. Ce serait mettre dans la déclaration ce que son auteur a voulu y mettre, donc ce qu'il a voulu déclarer.

Or, il est bien certain que ce procédé d'interprétation, à supposer qu'il soit possible sous certaines conditions, n'est pas le procédé normal, puisque l'art. 119 § 1 exige que l'on fasse, en pareil cas, tomber la déclaration pour cause d'erreur; ce qui implique, d'abord que la déclaration n'est pas nulle, *ab initio*, et, ensuite, que le juge ne peut pas, de plein droit, substituer, dans la déclaration, la formule vraie qui avait été voulue à celle qui s'est trouvée exprimée, et qui n'a jamais été voulue.

60. Ce système de l'art. 119 § 1 implique donc une nouvelle règle d'interprétation, qui vienne limiter la première, et d'après laquelle le juge, non seulement n'aura pas le droit de substituer, à la volonté déclarée, ce qui aurait dû être voulu, lorsque la volonté

déclarée a été réellement voulue; mais d'après laquelle il n'aurait pas le droit, en principe, de mettre à la place de la volonté déclarée, lorsqu'elle n'a jamais été voulue, la volonté que l'auteur de la déclaration avait voulu déclarer. Cela prouve que l'interprétation de la déclaration ne va pas jusqu'à permettre de reconnaître la volonté vraie en dehors des termes de la déclaration (cf. ce que dit **Kipp** dans ses additions sur Windscheid, I, p. 339). D'où cette seconde règle :

61. 2° L'interprétation d'une déclaration doit se faire en s'entourant, sans doute, de tous les éléments extérieurs qui peuvent en éclairer la portée, faits matériels, correspondances antérieures, rapports d'affaires entre les parties, usages particuliers; mais à la condition que le sens, qui dût résulter de ces procédés de recherche et de comparaison, fût celui que, d'après les usages courants, tout homme, suffisamment attentif, aurait pu tirer d'une recherche analogue de volonté. En d'autres termes, il faut que l'interprétation de la déclaration résulte d'un ensemble de manifestations extérieures de volonté : sinon il n'y aurait plus déclaration. Ce qu'il faut dire, c'est que la déclaration ne consiste pas seulement dans les termes qui l'expriment, mais dans tout le milieu de circonstances ambiantes d'où elle est issue et auxquelles elle se rattache.

62. Mais n'allons pas jusqu'à dire que le sens tenu pour vrai doit être celui que le destinataire de la déclaration eût été en mesure de reconnaître lui-même. Cet intérêt particulier du destinataire apparaîtra, peut-être, en matière de contrats (art. 157). Mais lorsqu'on pose la question en général, à propos de toutes les déclarations, et que celles-ci sont envisagées sous leur forme unilatérale, l'art. 133 ne va pas jusqu'à limiter le juge aux procédés d'investigation qui eussent été ceux du destinataire au moment de la réception. Et c'est même encore pour écarter ce point de vue, purement individuel et subjectif, que l'art. 133 s'exprime d'une façon générale et absolue, tout au moins d'une façon purement impersonnelle, et semble exiger une recherche de la volonté réelle. C'est donc cette volonté réelle que le juge doit rechercher, sans se préoccuper de savoir si le destinataire eût été lui-même en mesure de la trouver.

63. Seulement, cette recherche ne va pas jusqu'à permettre au juge de tenir compte de cette volonté réelle, lorsqu'elle ne lui est prouvée que par des éléments qui ne se révélaient pas à l'extérieur, et qui se trouvent n'avoir aucune interdépendance avec la déclaration. Cette recherche ne doit pouvoir se faire que d'après

les éléments de fait, extérieurs et apparents, qui servent comme de milieu à la déclaration, pour l'éclairer et la faire apparaître, pour quiconque l'apprécie suivant les usages et les conditions normales de la vie, telle qu'elle existe réellement.

64. Il en résultera, pour reprendre un exemple déjà cité, que, si la déclaration porte sur l'immeuble A et que, cependant, on puisse induire de l'ensemble des termes employés, comme des circonstances qui ont accompagné l'offre, que, non seulement une erreur se laisse reconnaître, mais que la véritable désignation apparaisse clairement, même sous l'inexactitude de la dénomination, le juge pourra interpréter la déclaration elle-même dans le sens réellement voulu par son auteur.

65. En faut-il conclure que cela suffirait, s'il s'agit d'une offre de contrat et qu'elle eût été acceptée sur le fondement de la fausse dénomination portée dans la déclaration, pour que cette restitution du sens vrai au sens fictif fît apparaître le contrat comme ne s'étant pas formé, faute d'accord des volontés sur l'objet? On ne peut pas donner encore une réponse forcément affirmative pour toutes les hypothèses; car, si nous sommes en matière de contrats, il y a lieu de se demander si les règles d'interprétation, telles que les révèle l'art. 157, ne vont pas être plus étroites et plus rigoureuses, et si, en particulier, il ne faudrait pas exiger, pour imposer à l'autre partie une interprétation aussi contraire au sens littéral des termes, que le sens qu'on lui oppose, non seulement eût été possible à découvrir pour elle, mais qu'il y ait eu négligence de sa part à ne pas l'avoir découvert? En matière d'interprétation contractuelle, l'interprétation, d'impersonnelle et objective qu'elle était, va devenir personnelle, en ce sens qu'il faudra, cette fois, non seulement qu'elle fût révélée par les manifestations extérieures de la volonté, mais que ces circonstances eussent été reconnaissables et intelligibles pour le destinataire, au moment de son acceptation. A l'interprétation normale tirée de l'ensemble des faits de la cause, peut-être, faudra-t-il substituer l'interprétation personnelle au destinataire, c'est-à-dire, non pas à proprement parler, celle qu'il a faite, mais qu'il aurait dû faire, lui-même. Pour le moment, nous n'en sommes pas là. Nous ne parlons pas d'interprétation contractuelle; nous ne cherchons pas comment doit s'interpréter une déclaration qui a fait l'objet de deux volontés et, par suite, quelle est l'interprétation moyenne, qui doive pouvoir s'imposer aux deux parties. Nous envisageons la déclaration sous sa forme unilatérale; or, sous cette forme, il suffit d'une interprétation impersonnelle, pourvu qu'elle soit

tirée des faits apparents qui révèlent la volonté de celui de qui la déclaration émane.

66. Si donc cette interprétation conduit à permettre la substitution, dans la déclaration, de l'immeuble B à l'immeuble A, les pouvoirs du juge iront jusque-là. Si, de plus, en se plaçant au point de vue d'une interprétation personnelle au destinataire, la même conclusion s'impose, en ce sens que l'interprétation contractuelle elle-même aurait dû faire reconnaître l'erreur du destinataire, bien qu'il s'y soit laissé tromper, il en résultera que l'acceptation, donnée par celui-ci, ne portera plus sur le même objet que l'offre incluse dans la déclaration : le contrat ne se sera pas formé. L'on n'aura pas besoin pour le faire tomber d'une annulation pour erreur, restreinte aux délais de l'art. 121.

67. Il faut reconnaître, toutefois, qu'il sera très peu vraisemblable que les révélations tirées des circonstances objectives de la déclaration puissent conduire à substituer l'objet vrai à l'objet faussement déclaré; ce qui est infiniment plus probable, c'est que ces révélations démontreront qu'il y a une erreur sur l'objet, sans que l'on puisse voir avec certitude de quel objet il s'agissait. La déclaration apparaîtrait alors comme équivoque, c'est-à-dire comme sans objet; et cette fois la déclaration serait nulle et le contrat, dans aucun cas, n'aurait pu se former. Mais, ici encore, il faut réserver les règles particulières d'interprétation en matière de contrat; et, lorsque cette offre a été acceptée, pour la déclarer sans objet et incomplète, donc nulle en tant qu'offre de vente, il faudra que ce caractère ait été reconnaissable pour celui qui l'a acceptée et que celui-ci soit en faute d'avoir donné son acceptation. Mais, en tout cas, de ce que la déclaration doit être considérée comme faite dans les termes sous lesquels elle a été acceptée, cela ne veut pas dire que la question relative à l'erreur soit tranchée par le fait même : le contrat se sera formé, parce que les deux volontés seront censées avoir concordé. Mais, si l'offre n'a été donné sous cette forme que par une erreur du déclarant, celui-ci n'aura-t-il pas le droit de faire tomber sa déclaration, en se fondant sur la première disposition de l'art. 119? C'est la question qu'il va falloir aborder en dernier lieu.

68. Mais remarquons, avant de l'aborder, que cette règle de l'interprétation personnelle au destinataire, en matière de contrat, n'est pas en contradiction avec le principe de l'art. 119, suivant lequel l'erreur est une cause d'annulation, même relativement à la première disposition du texte, lorsque l'erreur est uniquement dans l'expression employée, sans qu'il y ait à rechercher si le

destinataire était en faute ou non de ne l'avoir pas reconnue. Car nous touchons à deux questions absolument distinctes. Dans l'une, il s'agit de réformer la déclaration, conformément à l'expression que son auteur avait voulu lui donner; et pour y être autorisé il faut, s'il s'agit de contrat, que le juge n'aille pas au delà de l'interprétation qu'aurait dû faire l'autre contractant lui-même. Ceci revient à dire que cette substitution n'est permise que si ce dernier est en faute de n'avoir pas reconnu l'erreur. Si l'on se place au point de vue de l'annulation pour erreur, les conditions d'admissibilité sont autrement larges, puisqu'on n'exige plus que l'autre partie soit en faute de n'avoir pas découvert l'erreur; aussi les effets sont-ils différents. Il ne s'agit plus d aboutir à la nullité, mais à l'annulation. D'autre part ce droit d'annulation est restreint dans des délais très courts, d'après l'art. 121. Rien de contradictoire dans ce parallélisme, s'il existe. Mais existe-t-il réellement? Telle est la question à laquelle il faut arriver.

69. En d'autres termes, lorsqu'il s'agit de prouver l'erreur et d'établir, par conséquent, que la volonté du déclarant, prise dans son tout psychologique, et non plus dans l'acte final qui la manifeste à l'extérieur, est en opposition avec la volonté déclarée, faut-il encore n'admettre cette contradiction que si elle résulte du contexte de la déclaration, interprétée d'après les circonstances qui s'y réfèrent et qui font corps avec elle, sans admettre la preuve de l'erreur en dehors de ce procédé normal d'interprétation?

Supposons, pour reprendre ce même exemple, que les procédés d'interprétation qui viennent d'être décrits ne laissent pas supposer que l'immeuble B ait été porté par erreur dans la déclaration, admettra-t-on l'auteur de cette dernière à faire la preuve d'une volonté contraire, et par suite de sa volonté réelle, par d'autres procédés que ceux qui résultent des circonstances interprétatives de sa déclaration elle-même?

70. La question se pose donc, d'abord, en ce qui touche la première disposition de l'art. 119, c'est-à-dire pour ce qui est de l'erreur ne portant que sur la teneur de la déclaration, et non sur son contenu.

71. Lorsque l'interprétation normale, tirée des circonstances qui accompagnent la déclaration, laisse apparaître l'erreur dans la formule employée, nous savons déjà que, suivant les cas, le juge pourra corriger les termes de la déclaration, ou la considérer comme équivoque ou erronée dans un de ses éléments, de telle sorte que, si cet élément est un de ceux qui fussent essentiels, tel que l'objet par exemple, la déclaration elle-même fût nulle faute

d'objet. Si l'équivoque ne portait que sur un élément qui ne fût pas essentiel à l'acte juridique en cause, la déclaration ne serait pas nulle, cela va de soi. Ce serait également le cas normal où l'annulation pour erreur pourrait avoir lieu. Et elle serait surtout utile dans cette dernière hypothèse, qui sera la plus fréquente, lorsque l'erreur ne peut pas être corrigée et qu'elle ne détruit pas la déclaration dans son essence.

72. Mais si l'on suppose que l'interprétation ainsi faite ne laisse plus apparaître l'erreur, celui qui a reçu la déclaration, et qui a dû compter sur elle, n'a-t-il pas droit à la déclaration, telle qu'elle a été adressée?

73. Remarquons qu'il ne s'agit pas de revenir sur la règle d'après laquelle l'erreur est une cause d'annulation, alors même que le destinataire n'est pas en faute de l'avoir ignorée; car l'interprétation normale qui a été décrite, d'après l'art. 133, n'est pas restreinte, on l'a vu, à celle qu'aurait pu faire le destinataire de la déclaration. Il n'en est ainsi qu'en matière de contrat; et l'art. 119 vise l'effet de l'erreur en général, c'est-à-dire par rapport à une déclaration prise en soi, sous sa forme unilatérale. Rien ne s'oppose, au contraire, à ce qu'en matière contractuelle il s'établisse des règles différentes, de nature plus rigoureuse. Donc aucune objection ne peut s'élever à ce point de vue.

74. La véritable difficulté vient de ce que l'art. 119 semble bien supposer, pour son application, l'interprétation déjà faite suivant les principes de l'art. 133. Il suppose la déclaration interprétée comme elle doit l'être ; et, c'est une fois ce sens ainsi fixé, c'est-à-dire une fois établi que la déclaration porte, par exemple, sur tel objet, tel que la maison A, que l'art. 119 permet à l'auteur de la déclaration de faire la démonstration de son erreur pour annuler sa déclaration : les principes d'interprétation de l'art. 133 s'appliquent lorsqu'il s'agit de fixer le sens de la déclaration; mais l'art. 119 permet précisément d'attaquer et de faire tomber une déclaration dont le sens est justement le contraire de celui qui a été voulu.

75. Pour dire que le destinataire a droit au maintien de la déclaration, il faudrait établir que, à l'encontre même de l'auteur de cette dernière, la déclaration ne peut valoir que d'après le sens qui résulte de l'interprétation de l'art. 133. Ou encore il faudrait dire que les principes établis sur l'art. 133 viennent limiter le sens normal de l'art. 119.

76. Or, cette obligation, pour l'auteur de la déclaration, de s'en tenir aux termes employés par lui, ne semble guère pouvoir se

soutenir que lorsqu'il y a, à sa charge, un devoir contractuel à ne pas tromper l'autre partie. Dans ce cas, il sera vrai de dire que l'auteur de la déclaration n'aura pas le droit, à l'encontre de l'autre contractant, de prétendre avoir eu une autre volonté que celle résultant de l'interprétation de l'art. 133; et c'est alors qu'il sera exact de prétendre qu'il ne peut pas faire la preuve de son erreur. S'il en est ainsi, on ne peut plus dire que l'art. 133 vienne limiter le champ d'application de l'art. 119 : car la preuve de l'erreur, juridiquement, n'est pas faite.

77. Mais, lorsque la déclaration est envisagée sous sa forme unilatérale, il ne semble guère que l'on puisse obliger l'auteur de la déclaration à ne pouvoir faire preuve d'une volonté autre que celle résultant de sa déclaration, largement interprétée.

S'il en était autrement, il faudrait admettre une solution analogue, lorsqu'il s'agit de la seconde disposition de l'art. 119, au cas d'erreur sur le contenu. Dans cette hypothèse, la teneur de la déclaration est bien celle qui a été voulue, son contenu est encore celui qui a été voulu, au moins comme volonté finale : or, la loi permet, d'après l'art. 119, d'opposer la volonté, prise dans son ensemble, et, par suite, dans sa genèse et son tout psychologique, à l'acte de volition qui en est la résultante irrévocable. Là encore, il y a une preuve à faire, celle de la contradiction entre l'acte de volition qui a fondé la déclaration et le but final qu'il avait en vue. L'auteur de la déclaration a bien voulu porter la maison A dans sa déclaration, mais il la confondait avec une autre : il faut donc qu'il fasse cette preuve. Pourra-t-il faire cette preuve autrement que d'après les éléments qui doivent servir à interpréter sa propre déclaration? Pourquoi donc ne pas décider que, si la preuve de cette erreur sur le contenu ne résulte pas des faits apparents qui servent d'accessoire à sa déclaration, l'autre partie a droit à la déclaration avec son contenu, tel qu'il est, de telle sorte que l'auteur de cette dernière ne pourrait prétendre avoir eu d'autre but intentionnel que celui que laisse apparaître sa déclaration?

78. Mais dans quel cas la déclaration, en dehors de l'acte de volonté final d'où elle est sortie, laisse apparaître le but intentionnel qui avait présidé à cet acte de volition? Quel est l'acte de transaction économique qui permette à l'interprétation, faite conformément à l'art. 133, de pénétrer à ce degré ultérieur de la volonté? L'erreur uniquement dans les termes employés est assez souvent une erreur grossière qui se fait reconnaître, de sorte que, sur ce premier point, si l'on s'en tenait à la déclaration sans permettre la preuve contraire, il y aurait encore place pour

une application suffisamment large de l'art. 119. Mais, relativement à l'erreur sur le contenu, ne permettre la preuve de l'erreur que si elle ressort de l'interprétation de la déclaration elle-même, c'est supprimer en fait la portée pratique de l'art. 119.

79. Accepter, au contraire, cette interprétation en matière de contrat, c'est accepter les conséquences logiques et normales de l'art. 157. L'interprétation du contenu de la déclaration s'impose, pour celui qui l'a donnée comme pour celui à qui elle est faite; de telle sorte que c'est la preuve d'une volonté contraire qui se trouve impossible. Il n'y a, par rapport à l'art. 119, ni restriction, ni contradiction.

80. Et, par conséquent, pour les cas où il pût y avoir lieu à inexistence du contrat, par suite de désaccord des volontés sur le point qui a donné lieu à erreur, et considéré comme essentiel, il est facile d'établir le rapport qui existe entre la nullité pour défaut de consentement, et l'annulation pour vice de consentement. Si le défaut de concordance résulte de l'interprétation normale des deux déclarations, considérées dans leur rapprochement, et non plus dans leur appréciation unilatérale, on sait déjà que l'art. 155 s'applique (not. sur. art. 119, nº 21 et 25). Mais, si la même méthode d'interprétation comparative aboutit à révéler un consentement apparent, quoique la possibilité d'une erreur se laisse induire de la façon dont s'adaptent les deux déclarations, il y aura annulation par erreur.

81. A l'inverse, là où la preuve de l'erreur ne résulte plus, en aucune façon, des circonstances apparentes dans lesquelles s'est produite la déclaration, cette dernière subsiste comme expression juridique de la volonté réelle de son auteur; le contrat s'est valablement formé, et l'annulation pour erreur est également écartée, parce qu'il s'agit, non plus de faire tomber une déclaration unilatérale, mais une déclaration qui a été objet d'acceptation et qui désormais appartient à un tiers. On évite l'inconvénient considérable qu'il y aurait, au point de vue du crédit, à déclarer le contrat valable, parce que la déclaration ne laisse pas soupçonner l'erreur, et cependant à le faire tomber sur une preuve de volonté purement interne, qui n'a laissé aucune trace dans la déclaration.

82. Mais ces restrictions aux procédés d'interprétation, en matière de contrats, supposent admise la troisième règle d'interprétation dont il reste à parler.

83. 3º En dehors de la fixation du sens d'une déclaration, portant sur ce qui a été réellement déclaré, le juge a mission de faire, relativement au rapport de droit concret, créé par la déclara-

tion, ce que la loi fait, d'une façon abstraite, pour la réglementation des contrats, c'est-à-dire de combler les lacunes de la volonté des parties, par des déductions interprétatives, ou supplétives, de leurs volontés. Il a, par ce fait même, un pouvoir réglementaire, ou supplétif, qui consiste, pour les difficultés qui surgissent entre les parties, sur les points qu'elles n'ont pas prévus et pour lesquels il n'y ait aucune réglementation légale dispositive ou interprétative, à faire, lui-même, la réglementation des intérêts en cause, dans le sens le plus conforme au but poursuivi, aux usages et à la bonne foi réciproque. Ce pouvoir supplétif n'aura guère lieu de s'exercer en matière de déclarations unilatérales, car il suppose des difficultés que l'avenir fasse surgir, donc une déclaration qui ait créé un rapport de droit ayant une certaine durée; et cela ne peut guère se faire que par contrat, sauf cependant en matière de fondations. Mais, laissons ce point de côté.

84. Aussi, est-ce précisément en matière de contrats que nous trouvons une règle d'interprétation spéciale, que l'on s'étonne à première vue de ne pas voir proclamée, d'une façon générale, à propos de toutes les déclarations de volonté, et qui nous révèle implicitement l'existence de ce pouvoir réglementaire du juge : c'est la règle de l'art. 157, qu'il faut rapprocher de celle de l'art. 133.

Il y est dit que les contrats doivent s'interpréter conformément à la loyauté en matière de transactions. Est-ce que, *à priori*, il n'en est pas ainsi de toutes les déclarations? Est-ce que toutes ne doivent pas s'interpréter conformément à la bonne foi; et ne doit-on pas étendre à l'interprétation des déclarations de volonté, en général, ce que l'art. 157 dit des contrats? Tout d'abord, on est tenté de croire que l'art. 157 ne soit ainsi que le complément de l'art. 133. Mais on s'aperçoit bientôt que les deux textes, loin de se compléter mutuellement, s'opposent l'un à l'autre, et que l'un est presque le contraire de l'autre. En disant que, dans une déclaration de volonté on doit rechercher la volonté réelle, la loi veut dire, par là même, que l'interprétation doit s'en faire suivant les règles de la bonne foi, puisque la bonne foi consiste à se rapprocher, autant que possible, de ce qui a été réellement voulu ; et voilà pourquoi, à propos des déclarations unilatérales, ce principe était inutile à rappeler. Mais, d'autre part, lorsqu'en matière de contrats, l'art. 157 parle d'interprétation dans le sens de la bonne foi et de la loyauté, il dit juste le contraire de ce que disait l'art. 133; car, et Stammler (*loc. cit.*) le fait très bien remarquer, dire qu'en matière d'interprétation contrac-

tuelle il faut rechercher ce qu'exigent la bonne foi commerciale et les usages admis en affaires, c'est reconnaître que, si la volonté vraie était contraire à la bonne foi, il faudra lui substituer une interprétation plus loyale, et plus conforme aux exigences du crédit. C'est opposer à la règle d'interprétation subjective de l'art. 133 une règle d'interprétation purement objective, orientée vers ce que la volonté aurait dû être, et non forcément vers ce qu'elle a été, si ce qu'elle a été constitue un piège pour la bonne foi.

85. Et alors, nous ne sommes plus dans le domaine de l'interprétation, mais dans celui de la réglementation. Nous touchons à ce pouvoir réglementaire et supplétif du juge, qui est l'analogue, au point de vue de sa mission concrète, de ce qu'est le pouvoir interprétatif de la loi, dans sa fonction abstraite.

86. Cela veut-il dire que le juge puisse refaire un contrat, à l'encontre de ce qui a été voulu par les deux parties? La question ne se pose même pas; car rien ne serait plus contraire à la bonne foi et aux usages. Mais, s'agissant cette fois de deux volontés qui doivent être identiques, ou plutôt de deux déclarations dont le contenu doive être le même, le juge, au cas de divergences dans l'intention des parties réciproques, doit prendre une interprétation moyenne, qui soit celle que la bonne foi, les usages et la loyauté commerciale, dussent imposer, comme étant la volonté commune, à laquelle chacun des deux contractants ait droit. Le juge, comme dit Stammler (*loc. cit.*, p. 36 et suiv.), doit se former un idéal, de caractère objectif, d'après lequel il appréciera, conformément aux circonstances personnelles des parties, ce que devait être le contrat, pour répondre au but social du droit. Et c'est, d'après cet idéal, qu'il inclinera et qu'il orientera ce qu'il peut y avoir de douteux et d'incertain dans la volonté des parties. En d'autres termes, s'agissant de contrats, aucune des deux volontés ne peut plus s'interpréter isolément et unilatéralement. Il ne peut y avoir qu'une volonté commune répondant à ce à quoi chacune des deux parties a dû et pu s'attendre d'après la volonté de l'autre normalement interprétée (cf. cependant Höld., p. 341).

87. Qui ne voit, en effet, que supposer le contraire et s'écarter de cette interprétation moyenne, qui soit comme la résultante des deux volontés déclarées, ce serait aller juste au rebours de la conception même du contrat, puisque celui-ci n'est qu'un procédé destiné à créer une volonté commune et, par suite, une volonté identique? Tout autre procédé d'interprétation aboutirait à sacrifier l'une des deux parties à l'autre, donc à soumettre, soit l'acceptant, ce qui sera le cas ordinaire, à la volonté unilatérale

de celui qui a pris l'initiative du contrat, soit à faire plier les intentions initiales de l'auteur de l'offre aux modifications subjectives, et purement internes, apportées dans l'acceptation. De deux choses l'une, en effet : ou bien le juge s'attachera à l'interprétation de la volonté de celui qui a fait l'offre, et il appliquera alors une volonté unilatérale, et non une volonté contractuelle; ou bien il s'attachera à la volonté de celui qui a accepté le contrat, et si elle diffère de la première, la conséquence sera la même, quoiqu'en sens opposé.

88. Il n'y a de contrat véritable que là où l'on fait ressortir, par delà les divergences personnelles, une volonté commune qui soit, non pas forcément la volonté de l'offrant, et non pas forcément la volonté de l'acceptant, mais la volonté contractuelle, celle qui se déduit du contrat comme devant être, ou comme ayant dû être, ce qu'il y a d'identique et de commun dans les intentions unilatérales des deux parties. L'on s'exposera, sans doute, à construire ainsi une volonté contractuelle, qui ne sera exactement, ni celle de l'offrant, ni celle de l'acceptant, mais quelque chose de fictif et d'artificiel, une volonté purement juridique, au lieu d'une volonté réelle. Cela ne vaut-il pas mieux, après tout, puisque cette volonté juridique est celle qui aurait dû s'imposer pour les deux parties, conformément à la bonne foi, que de sacrifier l'une des deux volontés à l'autre? Le contrat n'est pas l'acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit; mais le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs, pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques. Aussi est ce d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique, et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part, que le contrat doit être interprété et appliqué.

89. Sans doute, il y a contrats et contrats; et nous sommes loin dans la réalité de cette unité de type contractuel que suppose le droit. Il faudra bien, tôt ou tard, que le droit s'incline devant les nuances et les divergences que les rapports sociaux ont fait surgir. Il y a de prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom, et dont la construction juridique reste à faire; pour lesquels, en tous cas, les règles d'interprétation individuelle qui viennent d'être décrites devraient subir, sans doute, d'importantes modifications; ne serait-ce que pour ce que l'on pourrait appeler, faute de mieux, les contrats d'adhésion, dans lesquels il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance, unila-

téralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même. C'est le cas de tous les contrats de travail dans la grande industrie, des contrats de transport avec les grandes compagnies de chemins de fer, et de tous ces contrats qui revêtent comme un caractère de loi collective et qui, les Romains le disaient déjà, se rapprocheraient beaucoup plus de la *Lex* que de l'accord des volontés.

90. L'interprétation, dans ce cas, devrait s'en faire comme celle d'une loi proprement dite, en tenant compte, beaucoup moins de ce qu'a pu croire et vouloir, soit l'ouvrier qui adhère aux conditions générales de l'engagement dans telle ou telle usine, soit le voyageur qui, en prenant son billet, adhère aux conditions et à la loi fixées par la compagnie, que de ce que ces chartes générales doivent être dans l'intérêt de la collectivité auxquelles elles s'adressent. Ce qui doit constituer l'interprétation, ce n'est plus la recherche d'une volonté moyenne, qui puisse représenter la volonté commune des deux contractants — ces procédés ne sont de mise que là où les deux volontés ont un rôle égal à jouer — mais bien l'interprétation de la seule volonté qui a été prédominante, qui seule a formé l'engagement, à la façon d'une compagnie qui émet des titres au porteur et qui s'oblige déjà par l'émission du titre, avant toute acceptation par voie de souscription; volonté qui, par suite, a créé une loi contractuelle, offerte aux adhésions particulières, et qui doit être appliquée dans le sens de ce qu'exigent et la bonne foi et les rapports économiques en jeu, dans leur combinaison avec ces lois d'humanité qui s'imposent, dès qu'un particulier, une compagnie ou une autorité publique, touchent, par voie de règlements généraux, aux conditions de la vie économique ou sociale de l'individu.

91. Mais, laissant de côté tout ce qui concerne ces prétendus contrats, qui ne sont au fond que des manifestations unilatérales de volontés parallèles, si nous revenons à ce qui est accord et concours de volontés, en vue de dégager une volonté commune qui prenne une forme objective désormais indépendante de la subjectivité des parties, il n'est pas douteux que le juge ne pourra réaliser cette volonté commune qu'à la condition de faire sortir, de ce qui était individuel, l'élément collectif et unitaire qui s'y trouve idéalement compris.

92. Et c'est ainsi que, s'agissant d'une offre de contrat, la première exigence qui résulte des nécessités de crédit, c'est que l'auteur de l'offre, en dehors de toute clause conventionnelle

tacite, soit lié au sens apparent de la déclaration et qu'il s'oblige à la maintenir telle que l'autre partie a pu et dû l'interpréter. De là, par conséquent, l'obligation pour le juge de n'admettre comme interprétation de la déclaration que celle qu'aurait pu et dû faire celui à qui elle s'adresse; et de là aussi l'impossibilité pour celui qui l'a faite de faire la preuve d'une erreur dont la révélation ne résulterait pas des circonstances de l'offre elle-même, et que l'autre partie ne fût pas en faute d'avoir ignorée.

93. Ce pouvoir supplétif du juge est, d'ailleurs, parfaitement admis par tout le monde, sur le fondement de l'art. 154, lorsque, contrairement à la présomption légale, les parties, en stipulant les points principaux du contrat sans faire porter leur consentement sur les clauses accessoires, ont entendu, malgré cette lacune, que le contrat fût déjà formé. C'est donc qu'elles s'en remettent à l'appréciation du juge au sujet da la réglementation qu'elles ont omise. Ce n'est pas là, sans doute, ce que l'art. 154 présume de droit commun; tant que toutes les clauses prévues par les parties n'ont pas fait l'objet de leurs stipulations, il admet que le contrat n'est pas encore formé. Mais ce n'est qu'une présomption susceptible de preuve contraire; et lorsque la preuve contraire est faite, il faut bien faire intervenir le pouvoir supplétif du juge, tout le monde l'admet (cf. Wind, II, § 310, not. 6 et p. 254-1°).

94. Quant aux autres règles et conséquences à déduire de cette idée de bonne foi et de loyauté contractuelle, c'est un point à traiter sur l'art. 157.

Mais il ne faut pas croire, parce que ce pouvoir supplétif du juge ne paraît usité qu'à propos de contrats, qu'il n'existe pas par rapport à toute déclaration, même unilatérale, du moment qu'elle est de nature à créer un rapport de droit susceptible d'avoir une certaine durée, et de faire surgir des difficultés que les parties n'ont pu prévoir, par exemple, en matière de promesse de récompense ou de fondation. Là encore, l'interprétation de la déclaration, en tant qu'elle doive servir de point de départ et de base aux déductions du juge, relatives aux solutions à fournir, devra se faire conformément aux usages et à la bonne foi. Cela est particulièrement important à propos des fondations, qui ont souvent une longue durée, et pour lesquelles il est inadmissible que le fondateur ait prévu toutes les circonstances qui donneront lieu, dans l'avenir, à l'application de sa volonté; de telle sorte que cette dernière, en présence des innovations qui surgissent, doive s'interpréter conformément à l'interprétation normale qu'aurait

donnée le fondateur lui-même, s'il eût survécu et s'il avait à faire respecter ses intentions, non plus à la lettre, mais dans leur but essentiel. Il y a là une charte constitutionnelle dont l'interprétation se retrouve analogue à celle de la loi, qui devient un petit organisme en voie de développement et d'adaptations successives, et pour lequel il y ait lieu, non certes à une recherche de volonté, mais à une mise au point constante, par rapport au but à atteindre, et aux moyens qui se présentent pour le réaliser au mieux des intérêts en cause. C'était déjà le cas, dans une certaine mesure, pour ces contrats, ou actes, d'adhésion, dont il a été parlé antérieurement.

95. Tout cet ensemble de solutions se trouve absolument confirmé, d'ailleurs, par l'art. 164 § 2, en matière de représentation directe. Il suppose que la qualité du représentant ne ressorte pas des circonstances dans lesquelles l'acte a été conclu, de telle sorte que le tiers avec lequel ce représentant a contracté l'a pris pour l'intéressé direct. Cela revient à dire que la déclaration, par laquelle le représentant s'est exprimé au contrat, a mal rendu sa volonté : il voulait agir comme représentant; et sa déclaration a laissé croire qu'il agissait en son nom. Si l'on eût admis jusqu'au bout les théories classiques sur l'autonomie de la volonté, il aurait fallu dire que le contrat était nul, comme ne s'étant pas formé entre les parties qui voulaient le conclure. Le représentant n'a pas voulu d'un contrat qui se réalisât en sa personne; cela revient au même que s'il n'eût pas contracté du tout. Le contrat aurait dû être inexistant. Cette première solution était déjà écartée, du reste, par suite du système admis en matière d'erreur, sur l'art. 119. Dans l'hypothèse présente, il y a eu une déclaration qui se présente comme celle d'un contractant qui contracte pour lui. Il faut la prendre telle quelle; et la seule ressource du représentant aurait dû être de faire annuler sa déclaration pour erreur, en vertu de la première disposition de l'art. 119, en tant que sa déclaration ne répond pas à ce qu'il a voulu. Il y a désaccord entre la déclaration et la volonté. Voilà ce qu'aurait dû permettre l'application des principes, à s'en tenir au droit commun de l'art. 119. Or, cette solution elle-même est écartée par l'art. 164, dans l'intérêt du tiers avec lequel le représentant a passé l'acte. Le représentant est lié à la forme apparente de sa déclaration, il ne peut même plus la taxer d'erreur; et il n'a plus le droit de faire valoir qu'il n'a jamais entendu contracter pour lui. Le contrat que lui impose la loi est celui qui ressort des circonstances apparentes, telles que le tiers les a connues, un contrat conclu avec

l'intéressé direct. N'est-ce pas la justification même des principes d'interprétation qui avaient paru ressortir de l'art. 157, rapproché de l'art. 133?

Et, bien que Schlossmann se soit élevé à nouveau, et avec vigueur, contre la part faite dans le Code civil, et encore en matière de représentation, à ce qu'il appelle le dogme de la volonté, et il n'est pas douteux, cependant, que l'art. 164 § 2 se présente comme pouvant fournir, au moins sur un point, une dérogation importante à toute cette théorie de la volonté, et comme de nature à en inspirer d'autres par voie d'interprétation (Cf. SCHLOSSMANN, *Die Lehre von der Stellvertretung*, 1900, p. 95 et suiv., et p. 98, note 1).

Art. 134. — Un acte juridique qui se heurte à une prohibition légale est nul, à moins que le contraire ne résulte de la loi.

1. La disposition de l'art. 134 est en somme, comme dit Hölder (p. 302), et principalement, une règle d'interprétation, dont le but est d'indiquer la sanction qui doive être considérée comme formant le droit commun en matière de prohibitions légales. Cette sanction sera la nullité. Mais on pourrait comprendre une sanction différente, ou dont l'effet fût moins absolu.

Aussi l'art. 134 a-t-il soin d'ajouter qu'il en serait autrement s'il résultait de l'ensemble de la loi que celle-ci eût voulu établir une autre sanction (ex. : art. 458). Toutefois, le texte de l'art. 134 n'exige pas, pour que l'on soit autorisé à rejeter la nullité, une disposition formelle et expresse de la loi. Il suffit que, par voie d'interprétation, on juge qu'il doive en être autrement. Tout cela est laissé à l'interprétation du juge. Et cette interprétation contraire pourrait résulter de ce fait que le maintien de l'acte, passé en prohibition de la loi, ne va pas à l'encontre du but final que la loi avait en vue, et que, par suite, le fait d'en prononcer la nullité ne remédierait pas aux inconvénients que l'on avait voulu viser en le prohibant.

Il avait bien été proposé, devant la commission du Reichstag, (*Ber.*, p. 28), de supprimer l'allusion faite par le texte au cas où la loi n'eût pas entendu accepter comme sanction la nullité; sous prétexte, disait-on, que ce serait supposer une loi dépourvue de sanction. Mais l'objection, on vient de le voir, portait à faux : la loi peut défendre un acte, de façon à engager la responsabilité de ceux qui y prêteraient la main, sans vouloir forcément pour cela le considérer comme nul, s'il est passé outre. Aussi l'amendement

fut-il repoussé. Il devait être entendu seulement que la présomption fût en faveur de la nullité.

2. On avait demandé, par voie d'amendement, à l'art. 105 P[1], d'étendre cette présomption de nullité à tous les actes qui, sans tomber directement sous une prohibition légale, auraient pour but de tourner la loi (*Umgehungs geschäfte*). Mais on a pensé que la chose allait de soi, car un acte de ce genre « se heurte à une prohibition légale », puisqu'il a pour but direct et immédiat de la mettre de côté; de sorte que l'expression du texte de l'article 134 était assez large pour qu'elle pût s'y appliquer (cf. d'ailleurs, art. 817); tandis qu'une disposition qui les eût visés directement aurait, peut-être, pu atteindre des actes qui, sans se heurter directement à une prohibition légale, n'aurait eu que, comme but lointain, l'effet de s'opposer à l'application de la loi. On risquait d'entraîner l'interprétation du juge dans une direction dangereuse, en lui donnant le droit, au moins à l'apparence, de sonder les motifs d'un acte juridique, plutôt que ses effets immédiats (*Pr.*, I. 123).

3. Il va de soi enfin que cette disposition s'applique, sans qu'on ait eu besoin de le rappeler, à l'objet des contrats (*Pr.*, 1, 448).

4. Il faut remarquer aussi que l'art. 134, en parlant d'acte « fait en violation d'une défense légale », et non d'acte « fait en violation de la loi », a eu l'intention, sinon absolument de viser les dispositions formelles et expresses de la loi, mais tout au moins d'exclure les interprétations vagues que l'on aurait pu être tenté de donner comme constituant des prohibitions légales. Devant le Reichstag, on avait proposé, en effet, une formule beaucoup plus générale. On aurait voulu que l'on parlât d'actes « contraires aux lois », ou « contraires à la loi ». On entendait par là, non pas telle ou telle disposition de loi, mais l'ensemble du système législatif, pris dans les principes généraux qui lui servent de base; de telle sorte que toute atteinte à ces principes, ou du moins aux applications qui dussent en résulter, eût pu être considérée comme une violation de la loi. « Acte contraire à la loi » fût devenu le synonyme « d'acte contraire à l'ordre public ». Aussi la rectification, en ce qui touche l'art. 134, était-elle soutenue par ceux qui voulaient introduire la mention de l'ordre public dans le texte destiné à devenir l'art. 138 actuel. On eût considéré alors, comme faisant partie des lois, les principes relatifs à la garantie de la liberté individuelle, de la liberté de conscience, de la liberté du commerce et de l'industrie; de sorte que, le dernier mot en cette matière devant rester au juge, ce fût à lui qu'il eût appartenu d'apprécier

quelles applications pratiques dussent être faites de ces principes constitutionnels. Tout contrat que le juge eût considéré comme destiné à violer une liberté de ce genre, eût été un contrat contraire à la loi (cf. discours du député STADTHAGEN, *R. Ber.*, p. 40). L'amendement fut repoussé par les mêmes raisons qui firent écarter la mention de l'ordre public dans l'art. 138 (cf. not. sur art. 138).

5. Toutefois, il ne faudrait pas croire que l'art. 134 ne doive viser qu'une défense expresse et formelle. Car rien ne prouve que l'art. 134 ait entendu restreindre en cette matière le pouvoir d'interprétation du juge; et il est certain que, dans l'interprétation de la loi, le juge peut admettre certaines dispositions prohibitives, comme ressortant de l'ensemble de la loi, sans qu'il y eût de texte formel à cet égard. Il faut donc entendre l'art. 134 comme visant l'ensemble de la réglementation juridique : toute prohibition qui ressort directement de l'ensemble du système de droit, admis comme constituant le droit du pays, a pour sanction la nullité des actes qui en constituent la violation. Seulement, ce que l'on n'a pas voulu, c'est que l'on pût extraire de l'ensemble des lois certains principes généraux destinés à dominer toute l'organisation constitutionnelle et légale, de façon à les considérer comme des lois générales, dont les applications spéciales fussent laissées à l'appréciation du juge. Il n'y aurait plus là prohibition spéciale de la loi; il y aurait constitution d'un principe général, duquel le juge serait chargé d'extraire les prohibitions qui en découlent. L'art. 134 exige donc la spécialité de la prohibition; mais cette prohibition, dans sa spécialité, peut être considérée comme directement comprise dans l'ensemble de l'arsenal légal, comme faisant partie, d'une façon essentielle, du système général du droit de l'État, ou comme dérivant forcément de telle ou telle loi organique qui, sans elle, n'aurait pas sa raison d'être : il n'est pas nécessaire qu'il y eût pour cela un texte formel (cf. le discours du député GRÖBER, *R. Ber.*, p. 47).

Art. 135. — Si un acte de disposition, relatif à un objet, se heurte à une prohibition légale d'aliéner qui n'ait en vue que la protection de certaines personnes déterminées, cet acte est sans effet, à l'égard seulement des personnes ainsi visées. Est assimilée à la disposition d'une chose par acte juridique, celle résultant de l'exécution forcée ou de la saisie.

Trouveront application correspondante les dispositions légales établies en faveur de ceux qui acquièrent un droit de qui n'a pas qualité pour en disposer.

1. La loi peut établir une défense d'aliéner, soit absolue, soit relative, et l'on considère comme relative la défense d'aliéner qui n'est établie que dans l'intérêt de certaines personnes déterminées. Lorsque la prohibition est absolue, en ce sens qu'elle ait en vue un intérêt général, la sanction qui lui est attribuée reste conforme à celle portée par l'art. 134; c'est la nullité, au sens ordinaire et absolu du mot. La loi n'avait pas à en parler. Comme exemple d'inaliénabilité absolue donnant lieu à nullité, on peut citer la défense de disposer d'un patrimoine à venir (art. 310, 312, 2302), celle relative à l'inaliénabilité de certaines créances (art. 400, 514, 610, 613, etc.; art. 1059, 1092, etc.; et L. intr. art. 119; Cf. Crome, p. 376-377). Mais lorsque la prohibition est relative, au sens qui vient d'être indiqué, il n'y avait plus de raison pour donner à tout le monde le droit d'attaquer l'acte qui serait accompli en violation des dispositions de la loi. Il suffisait de n'accorder cette faculté qu'aux personnes que la loi voulait protéger. C'est une nullité qui correspond, à ce point de vue tout au moins, aux nullités relatives du droit français, bien que cette expression de nullité relative soit étrangère à la terminologie, et même aux conceptions, du nouveau droit allemand (Cf. Endem, § 74, note 4, p. 318; et Crome, p. 350). L'art. 135 se présente donc comme une exception apportée à la règle générale de l'art. 134. Mais il n'en est ainsi que si la prohibition est établie dans un intérêt privé, au profit de certaines personnes, et non dans un intérêt public. Il ne suffirait pas de dire que la loi ait visé l'intérêt de certaines personnes en particulier, au lieu d'avoir eu en vue l'intérêt général. Car il y a des cas où la loi ne veut protéger que certaines personnes déterminées; mais elle les protège dans un intérêt public, et non en se plaçant au point de vue de leur intérêt individuel, par exemple au cas d'incessibilité du droit au salaire (Loi d'Empire du 21 juin 1869 et loi du 29 mars 1897, de même les art. 115 et 116 de la Loi sur l'industrie, *Geverb. Ordn*). Il faut donc, pour que l'art. 135 trouve son application, non seulement que la loi ait eu en vue la protection de certaines personnes déterminées, mais qu'elle ait voulu les protéger dans leur intérêt purement individuel (Cf. Crome, p. 378, note 21). Ce serait le cas des restrictions au droit aliéner qui peuvent exister en matière de faillite, soit avant (Cf. Höld., 302), soit après l'ouverture de la faillite, et qui ont pour but la protection des créanciers. De même lorsqu'il y a un contrat obligatoire d'aliénation, lequel, dans le système du Code allemand, ne réalise pas le transfert de propriété : il y a, alors, en ce qui touche celui qui s'est engagé à aliéner, et au profit de la partie qui est

créancière de l'aliénation, défense de disposer du bien. Ce sont là des exemples d'inaliénabilité purement relative.

2. L'art. 135 s'applique d'ailleurs à tous les actes de disposition; et l'expression a été choisie intentionnellement, comme étant plus large et plus compréhensive que celle d'aliénation (M. 213). Elle comprend, dans la terminologie du Code civil, tous les actes par lesquels on transfère, on grève, on éteint, un droit (Pl. I. 148, Cf. Crome, § 74 p. 326), que ce soit par acte juridique, ou par jugement, comme dans le cas de l'art. 894 C. pro. civ. (Pl., p. 143), ou encore par voie de saisie. Planck (p. 186) fait remarquer, toutefois, que l'art. 135 ne s'applique plus à l'égard de ceux qui aliènent en vertu d'un droit réel qui leur eût été acquis avant que le propriétaire de la chose se trouvât sous le coup d'une prohibition d'aliéner; et il cite l'exemple d'une chose donnée en gage ou grevée d'hypothèque avant qu'elle devienne indisponible, s'agissant d'indisponibilité établie au profit d'intérêts privés. Si, même après qu'elle soit frappée d'indisponibilité, le créancier gagiste ou hypothécaire la fait vendre, en vertu du droit qui lui appartient, l'aliénation est pleinement valable.

3. Quant à l'effet dérivant de l'inefficacité toute relative de l'acte de disposition, il se caractérise par ce fait que l'acte en soi produit la conséquence juridique qu'il devait produire. S'il s'agit d'aliénation d'une chose, la propriété est transférée; de constitution d'un droit réel, celui-ci est constitué; de cession d'un droit, cession d'un droit de créance par exemple, la créance passe au cessionnaire; d'extinction d'un droit, comme d'une remise de dette, la dette est éteinte. Il faut se souvenir, en effet, que, dans la terminologie du Code, lorsqu'on parle de la disposition d'un objet quelconque, cela fait allusion aux droits aussi bien qu'aux choses matérielles. Seulement, à l'égard des personnes que la prohibition voulait protéger, le droit est censé n'avoir pas été transféré, ou concédé, ou éteint, le rapport de droit est considéré comme subsistant dans l'état où il était avant l'acte de disposition qui en a été fait. Et, d'autre part, l'aliénation pourrait être valablement opérée à l'égard de tous, si elle était faite avec le consentement des personnes que la loi a voulu protéger, ou que celles-ci l'eussent ratifiée après coup (Cf. Crome, p. 378).

4. Il ne faut pas dire toutefois, sauf, s'il est encore permis d'employer le mot, à lui donner sa signification véritable, qu'il y ait là une indisponibilité réelle, bien que relative, qui frappe la chose en quelques mains qu'elle se trouve : c'est plutôt une incapacité de disposition, établie par la loi au profit de certaines per-

sonnes, et à l'encontre de certaines autres, qui étaient titulaires du droit, au moment où s'est constituée la situation juridique, de laquelle dérive pour elles la défense d'aliéner. Si donc l'aliénation est faite au profit de la personne, ou des personnes, que la prohibition voulait protéger, elle est valable, de même qu'elle est valable à l'égard des tiers, autres que les personnes ainsi visées par la loi. C'est ce qui dérive du principe posé par le paragraphe final de l'art. 135, d'après lequel les acquéreurs de bonne foi sont protégés contre les conséquences d'une prohibition légale d'aliéner, lorsqu'elle est purement relative, dans les mêmes conditions sous lesquelles ils le seraient lorsqu'ils acquièrent d'un non ayant-droit : l'aliénateur est donc considéré comme n'ayant pas le droit de disposer de la chose; il est privé du droit de disposition. C'est une incapacité qui le frappe; et ce qui prouve bien que ce n'est pas une indisponibilité réelle, suivant la chose entre les mains des sous-acquéreurs, c'est que, si ces derniers acquièrent dans des conditions qui les mettent à l'abri de l'action appartenant aux intéressés, leur acquisition est pleine et entière, et leur droit de disposition reste entier; le bien n'est plus indisponible entre leurs mains, même à l'égard et au profit des personnes visées. C'est que l'intérêt qu'avait en vue la prohibition légale n'a, lui-même, de valeur juridique, et d'existence juridique, que par rapport à celui du chef duquel est né le rapport de droit auquel il se réfère. Ainsi, par exemple, il s'agit d'un acheteur au profit de qui il y a eu vente valablement faite, simple contrat obligatoire, sans que le contrat réel d'aliénation ait été déjà réalisé. Cet acheteur n'est protégé par la loi que par rapport à son vendeur, par rapport à celui de qui dérive le rapport de droit qui a donné naissance à l'intérêt garanti par la loi.

5. D'autre part, l'art. 135 ne donne aux personnes visées, et protégées par la loi aucune action directe contre le tiers acquéreur : celui-ci n'est obligé à rien vis-à-vis d'elles. Seul l'aliénateur est censé n'avoir pas pu aliéner; de sorte que, même en dehors de la question de bonne ou de mauvaise foi de l'acquéreur, la personne intéressée à la nullité de l'aliénation n'a, le plus souvent, que des moyens très indirects de faire valoir son droit. Planck (p. 186-187) en décrit très bien le mécanisme.

6. Supposons, par exemple, un acheteur qui n'était pas encore devenu propriétaire, parce que la vente n'avait pas été suivie du contrat réel d'aliénation; et le vendeur aliène la chose à un second acquéreur. Bien entendu, si, par une éventualité peu vraisemblable, le premier acheteur se trouvait en possession de la

chose, il pourrait repousser l'action en revendication du second acquéreur, alors même que celui-ci fût devenu propriétaire; et il s'appuierait sur ce fait que, pour ce qui est de lui, le vendeur n'avait plus le droit d'aliéner et que le transfert ainsi opéré est sans effet. Mais l'hypothèse sera assez rare; on peut supposer que ce soit le vendeur qui fût resté en possession; le premier acheteur, la chose étant encore censée dans le patrimoine de celui qui la lui a vendue, pourra faire opposition à l'action exercée par le second acquéreur en vue d'obtenir livraison. Mais le cas le plus fréquent sera celui où le second acquéreur, du moment qu'il y a eu déjà transfert opéré à son profit, sera en possession; et même, s'il s'agit d'immeuble, il y aura eu inscription aux livres fonciers. Le premier acheteur, n'étant pas devenu propriétaire, n'a pas d'action à l'encontre de l'acquéreur pour l'obliger à restituer. Pour le cas de cession judiciaire de l'immeuble avec inscription aux registres, l'art. 888 § 2 donne à celui au profit duquel existait une défense d'aliéner le droit de demander à l'acquéreur son consentement pour faire porter au registre les inscriptions nécessaires à l'effet de faire valoir son droit; et l'on sait que, si l'acquéreur inscrit s'y refuse, son consentement pourra être remplacé par jugement, d'après l'art. 895, C. proc. civ. Rien ne serait plus simple, s'il s'agissait d'une constitution de droit réel, droit de servitude par exemple, droit au préjudice duquel l'aliénation eût été faite : celui au profit de qui l'ancien propriétaire s'était engagé à établir la servitude sera censé être encore propriétaire de l'immeuble, son consentement à l'acte de constitution du droit (art. 873), sera, au besoin, suppléé par jugement (art. 895, C. proc. civ.); et le consentement de l'acquéreur pourra être, comme il vient d'être dit, remplacé de la même façon, de telle sorte que le droit puisse être inscrit à la charge de la propriété acquise par ce dernier. Si l'aliénation avait été faite en violation, non plus d'une constitution antérieure de droit réel, mais d'une première vente, l'art. 888 § 2 permettrait, par un mécanisme analogue, d'aboutir à faire immatriculer l'immeuble au nom du précédent acheteur. Si l'aliénation avait eu pour objet une chose mobilière, et que l'acquéreur eût été mis en possession, le précédent acheteur n'aurait pas à sa disposition une ressource analogue à celle de l'art. 888. Mais, pouvant considérer son vendeur comme étant resté propriétaire, il a droit d'en conclure que, en ce qui le concerne, le vendeur est autorisé à se faire restituer la chose qu'il a livrée, de sorte qu'il puisse l'obliger, au besoin par jugement (cf. art. 897, C. proc. civ.), à lui céder cette

action en restitution qu'il exercera lui-même contre l'acquéreur.

En réalité, la personne dont l'intérêt était protégé par la loi, trouvera presque toujours dans les principes du droit commun un moyen plus ou moins détourné de faire rétablir, en ce qui le concerne, la situation antérieure.

7. Mais il ne faut pas oublier que tous ces procédés ne sont possibles à l'encontre du tiers acquéreur que s'il n'est pas protégé lui-même, à raison de sa bonne foi; et, pour tous les actes qui réalisent une aliénation, l'acquéreur ne peut être troublé que s'il connaissait le défaut de droit de l'aliénateur, ou, tout au moins, dans certains cas, s'il était en faute de l'avoir ignoré. C'est le cas, par exemple, en matière de cession de créance (art. 405); et de même s'il s'agit de l'aliénation d'une chose mobilière : il suffit même que l'acquéreur soit de bonne foi, pour qu'il ne puisse être inquiété par le vrai propriétaire (art. 932). Il en est de même, en matière de transfert d'immeuble par voie d'inscription aux livres fonciers (art. 892-893).

8. Il eût semblé, au premier abord, que la disposition spéciale de l'art. 892, en tant qu'elle vise les restrictions au droit de disposer de l'immeuble, qui n'auraient pas été inscrites aux livres fonciers, eût été inutile; puisque le principe de l'art. 892 est que l'acquéreur de bonne foi ne peut se voir opposer que les droits inscrits aux registres et que, à son égard, le contenu de ces derniers se mesure en quelque sorte au contenu de l'inscription elle-même. Cette protection, ainsi accordée aux acquéreurs de bonne foi, ne s'appliquerait-elle pas de plein droit, en vertu de l'art. 135, § 2, aux défenses ou incapacités d'aliéner? On avait même, devant la seconde commission, proposé un amendement dans ce sens, tendant à la suppression de l'allusion faite par l'art. 837 P[1] aux inaliénabilités judiciaires ou légales (*Pr.* III, 76). Cet amendement fut repoussé; car la foi due au registre ne s'applique, d'une façon absolue, qu'à la nature du droit, objet du transfert, ou autrement dit à l'exactitude de l'inscription portée au registre, sans s'appliquer forcément à son intégrité : elle ne vise l'intégrité du droit, et par suite l'intégrité de l'inscription, en ce qui touche son contenu, que dans la mesure où, s'agissant de droits compris parmi les éléments constitutifs du droit aliéné, ils sont eux-mêmes de ceux dont l'efficacité ne peut être acquise que par l'inscription, de ceux par conséquent qui, à défaut de publicité, sont considérés comme non existants : c'est pour les droits de ce genre que la protection dérivant du système admis en ce qui touche la foi due aux registres s'applique aux acquéreurs de bonne

foi. Or, la défense d'aliéner existe indépendamment de toute publicité; de sorte que, en tant qu'elle affecte le contenu du droit et, par suite, le contenu du registre, elle ne se trouve plus visée par le principe général de l'art. 892; et régulièrement, il eût été inexact de faire sortir de ce principe de publicité une règle d'application susceptible de rentrer sous les prévisions de l'art. 135, §2. Aussi fallait-il, par une mention spéciale, étendre le système de publicité de l'art. 892, comme l'avait fait l'art. 837 P[1], aux inaliénabilités établies par la loi ou par justice (*Pr.* III. 77).

9. Pour les autres cas d'application analogue, il suffira de se reporter aux art. 932, 936, 1032, 1138, 1155, 1207, 1208 et 1244. Planck n'hésite pas à faire rentrer dans la même catégorie la protection de l'art. 407, en ce qui concerne le débiteur qui paie au précédent créancier, au cas de cession de créance, et dans l'ignorance de cette dernière. Car une défense relative d'aliéner est, en quelque sorte, l'analogue d'une cession; si le débiteur paie dans l'ignorance d'une défense de ce genre, pourquoi ne pas admettre que, à l'égard de la personne qui ait le droit d'invoquer la défense d'aliéner, le paiement reste valable, s il a été fait dans l'ignorance de l'indisponibilité de la créance? L'hésitation pourrait venir de ce que, sur l'art. 107 du premier projet, les Motifs n'énumèrent pas cette protection accordée au débiteur de bonne foi, lorsqu'il s'agit de cession, parmi les garanties destinées à protéger les tiers contre l'inaliénabilité (M. I. 214). Mais Planck fait remarquer que le fait de recevoir un paiement équivaut à l'extinction du droit, ce qui rentre dans la conception des actes de disposition; c'est disposer du droit, exactement comme le fait de le céder et le transmettre. Si donc l'art. 135 applique expressément, pour le cas d'inaliénabilité relative, tous les moyens de protection admis en faveur des tiers de bonne foi, lorsqu'il y a eu disposition du droit, il ne faut pas hésiter à comprendre dans cette catégorie la protection établie en faveur du débiteur qui paie de bonne foi, dans l'ignorance du défaut de droit de celui qui reçoit le paiement. Le débiteur rentre fort bien, du reste, parmi les personnes auxquelles s'applique la formule de l'art. 135, lorsqu'il parle de ceux qui tiennent leurs droits d'un non ayant-droit : le débiteur tient sa libération, c'est-à-dire le droit de pouvoir refuser le paiement, de celui qui n'était plus autorisé à le libérer.

10. L'art. 107 P[1] complétait le principe déjà posé par le premier projet par une double disposition, l'une relative à la faillite, l'autre à la saisie. La seconde commission crut d'une meilleure méthode de

renvoyer ces dispositions accessoires aux lois spéciales auxquelles elles se référaient (*Denk.*, p. 361, § 5 a et p. 339, § 690 a). C'est ainsi que, lors de la révision de la loi des faillites, le nouvel art. 13 se trouva reproduire, sinon les termes, tout au moins le principe admis par l'art. 107 P¹ § 3, suivant lequel l'inaliénalibilité relative est sans effet à l'égard des créanciers de la faillite; ce qui veut dire que la défense d'aliéner, en tant qu'elle frappe le débiteur failli, et en tant qu'elle peut être invoquée par quelques-uns de ses créanciers seulement, ne peut plus produire ses effets en faveur des créanciers au profit de qui elle existait, de façon à être opposée par eux à la masse. C'est que, par suite de l'ouverture de faillite, il ne peut plus y avoir, en principe, de créanciers, en tant qu'il s'agit de créanciers chirographaires, jouissant d'un droit de préférence spécial, qui ne serait pas invocable par l'ensemble de la masse. Il y a bien désormais une indisponibilité générale qui s'établit (*Konk. Ord.* art. 6); mais elle s'établit au profit de tous les créanciers, et, dès lors, toute indisponibilité spéciale, qui n'eût existé qu'en faveur de certains créanciers seulement, cesse de produire ses effets (*Konk. Ord.*, art. 13).

11. De même a-t-on renvoyé au Code de procédure (art. 690ᵃ, *Denk*, p. 339) la disposition d'après laquelle un objet, frappé d'inaliénabilité relative, ne pouvait être aliéné par suite de saisie, en tant que celle-ci était pratiquée en vertu d'une action personnelle; ou, si elle l'était en vertu d'un droit réel, en tant que celui-ci avait été constitué en violation de la prohibition légale relative aux actes de disposition. Cela revient à dire que l'objet ainsi devenu indisponible ne peut plus être saisi, ou du moins aliéné par suite de saisie, en ce qui touche les créanciers chirographaires de celui à qui la chose appartient; et, s'il s'agit de droits réels, il ne peut être saisi de ce chef, que si le droit réel, en vertu duquel il est procédé, a été constitué de telle façon que la défense d'aliéner ne lui soit pas opposable (art. 107 P¹ § 4, art. 772, C. Pr. civ., *Denk*, p. 339). Cela ne veut pas dire que, si le juge préposé à la saisie ne tenait pas compte de ces instructions, la vente sur saisie dût être nulle; elle ne le serait pas autrement que l'aliénation par acte privé qui serait faite en violation de l'art. 135. On sait que, d'après l'art. 135, la seule sanction d'un acte de ce genre consiste en ce que l'aliénation est inopposable aux créanciers intéressés à l'inaliénabilité. Il en serait de même de la vente sur saisie, faite en violation de l'art. 772, C. pr. civ.; et encore l'acquéreur, s'il était de bonne foi, ce qui sera presque toujours le cas dans une adjudication de ce genre, sera-t-il protégé conformé-

ment au droit commun, tel que l'application en est confirmée par l'art. 135 § 2.

12. Reste à faire observer que la disposition du projet (art. 107 § 2 P[1]), d'après laquelle l'indisponibilité établie par acte privé était assimilée à celle qui eût son fondement dans la loi, en tant, tout au moins, qu'en vertu de la loi elle dût avoir effet à l'encontre des tiers, a définitivement disparu. C'est que cette disposition eût été en contradiction avec le principe qui devait prévaloir dans l'art. 137 (cf. *infrà*), d'après lequel il ne peut plus y avoir d'indisponibilité par acte privé. Déjà le premier projet (art. 796 P[1]) avait établi une disposition à peu près analogue, quoique formulée d'une façon un peu moins générale, disposition d'après laquelle l'indisponibilité ne pouvait produire que des effets personnels, sans pouvoir être invoquée à l'encontre des tiers; ce qui rendait impossible toute assimilation à établir avec les effets de l'indisponibilité légale, puisque celle-ci, en principe, et à l'égard des intéressés tout au moins, produit la nullité de l'aliénation, nullité opposable par certaines personnes seulement, mais, dans cette mesure, opposable à l'acquéreur et aux tiers en général. Il est vrai que l'art. 107 P[1], comme l'art. 796 P[1], réservait le cas où, par exception, la loi eût donné à une indisponibilité de ce genre des effets réels, et non pas seulement personnels. Mais le seul cas que l'on pût citer comme exception au principe (art. 1901 P[1]) était lui-même très douteux. Il s'agissait de l'indisponibilité établie par rapport aux objets faisant partie d'un legs; et l'on pouvait très bien y voir une indisponibilité absolue, et non pas seulement une inaliénabilité relative à l'héritier, ou enfin, si l'on se décidait en faveur de cette dernière conception, encore pouvait-on dire que la défense d'aliéner venait de la loi et ne reposait pas sur un acte privé (*Pr.* 125). Et c'est encore cette même explication qui dût être donnée pour le cas où une loi particulière viendrait à faire exception, pour une hypothèse spéciale, à l'exclusion, prononcée par l'art. 137, de toute inaliénabilité, même partielle, par acte privé; dans le cas où une loi, pour une hypothèse particulière, viendrait à la permettre, et par suite viendrait à permettre une prohibition analogue à celle visée par l'art. 135, il serait encore vrai de dire que la prohibition fût établie par la loi, et non par l'acte privé qui ne ferait que reproduire la défense éventuelle prononcée par la loi elle-même. Donc, de toutes façons, il n'y avait plus à parler d'inaliénabilité par acte privé (Pl. 188).

Art. 136. — Une défense d'aliéner qui ait été prononcée par justice, ou établie par une autre autorité dans les limites de sa compétence, est assimilée à une défense d'aliéner établie par la loi.

1. Le premier projet assimilait déjà l'inaliénabilité judiciaire à l'inaliénabilité légale (art. 107 § 1 P[1]); et, d'autre part, la loi d'introduction (art. 7 L. intr.[1]) faisait allusion à celle qui avait été établie par une autorité ayant compétence à cet égard, sauf à réserver la question de compétence aux lois d'Etats. La seconde commission préféra réunir ces deux dispositions en une seule, qui devint l'art. 136 actuel (*Pr.* 124-125). Et il va de soi, en ce qui touche les autorités visées par ce texte, que la question de compétence reste également dans le domaine du droit particulariste. Les principaux cas, au contraire, dans lesquels l'inaliénabilité peut être prononcée par justice sont énumérés au Code de procédure civile (cf. art. 829, 857, 935, 938, 940, C. pr. civ.); également au Code de procédure pénale (cf. art. 332, 335 et 480); et, en outre, s'il s'agit d'une créance qui fût ainsi frappée d'inaliénabilité judiciaire, l'art. 829 C. pr. civ. déclare que cette ordonnance de justice ne produira son effet que lorsqu'elle aura été notifiée au débiteur. Enfin, l'effet visé par ce principe d'assimilation consistera uniquement à appliquer à l'inaliénabilité prononcée par justice, ou par toute autre autorité compétente, les effets et la sanction de l'art. 135.

Art. 137. — La faculté de disposer d'un droit aliénable ne peut être supprimée ni restreinte par acte juridique. Cette règle n'enlève rien de son efficacité à l'obligation qui consisterait à ne pas disposer d'un droit de cette nature.

1. La règle, d'après laquelle les particuliers ne sauraient à leur gré frapper d'inaliénabilité un droit cessible de sa nature, était déjà formulée par l'art. 796 P[1], en ce qui touche la propriété et les droits réels. Il était dit qu'une convention qui eût pour objet de rendre ce droit inaliénable n'aurait d'effet qu'entre les parties et ne serait pas opposable aux tiers. C'était dire que la chose, ou le droit, n'étaient pas altérés, au point de vue de la disponibilité réelle qui en était le caractère essentiel. Le même principe était reproduit par l'art. 295 P[1], en ce qui concerne les créances, et implicitement étendu à tous les droits aliénables par l'art. 312 P[1]. La seconde commission n'a pas eu l'intention de rien changer à ces principes, d'autant qu'elle admettait, comme le premier projet, que, en matière de droits réels, le contenu du

droit échappait à la réglementation privée et que, par suite, les parties ne pouvaient en altérer les éléments essentiels. L'aliénabilité était bien l'un des caractères fondamentaux des droits destinés à la circulation; de là la prohibition des clauses d'inaliénabilité, dans la mesure tout au moins où elles auraient un effet réel à l'égard des tiers.

2. Cependant la seconde commission avait supprimé dans l'art. 295 P[1] la disposition relative aux clauses d'incessibilité. On avait considéré qu'elle était incompatible avec le principe posé par l'art. 295 P[1] lui-même, d'après lequel les parties peuvent faire de l'individualité du créancier un élément essentiel du contenu de l'obligation; auquel cas l'obligation devient forcément intransmissible, puisque, si le créancier venait à changer, ce serait le contenu de l'obligation qui se trouverait modifié. C'est le cas d'un assez grand nombre de droits personnels, incessibles de leur nature, par exemple les cartes d'abonnement et coupons de retour en matière de transport par chemin de fer (Pr. I p. 384, cf. Stammler, *loc. cit.*, p. 190-191); de sorte que les parties, en créant la créance incessible, ne font qu'individualiser la personne du créancier, de façon à la comprendre parmi les éléments essentiels du contenu de l'obligation, comme elles en ont le droit (cf. Pl. II p. 183-184). Ainsi s'explique la modification apportée à l'ancien art. 295 P[1], telle qu'elle se retrouve dans l'art. 399 actuel. On permet au débiteur de créer la créance sous forme de créance incessible, et on ne reproduit plus la prohibition relative aux clauses d'incessibilité.

3. Il eût semblé légitime d'en conclure que ces dernières auraient pu valablement intervenir après coup, entre personnes autres que les parties initiales, tout au moins indépendamment de la personne du débiteur. Par exemple, le créancier aurait pu s'engager envers une autre personne, un de ses propres créanciers, on peut le supposer, intéressé à ce qu'il conserve inaliénables les éléments de son patrimoine, à ne pas aliéner telles ou telles créances : strictement parlant, cette clause ne se trouvait plus prohibée. Aussi a-t-on pensé, devant la seconde commission, qu'il était préférable, au lieu de règles spéciales, établies pour les différents droits pris en particulier, de poser une règle unique visant tous les droits aliénables de leur nature, personnels ou réels (Pr. III, p. 256-257). La seconde commission supprima l'ancien art. 796 P[1], comme elle avait supprimé, en matière de créances, le dernier paragraphe de l'art. 295 P[1]; et, dès lors, elle remplaça ces dispositions particulières par la règle générale, adjointe à l'art. 102 P[2],

sous forme d'article additionnel (art. 102a P2), lequel devint l'art. 137 actuel.

4. On a donc voulu surtout, comme le faisait déjà l'art. 295 P1, étendre la prohibition des clauses d'inaliénabilité aux droits de créance, et d'une façon générale à tous les droits personnels, droit d'auteur, propriété industrielle et autres droits de ce genre, mais sous la réserve, bien entendu, de l'exception capitale, apportée par l'art. 399, et que l'art. 413 applique implicitement à tous les droits personnels de création libre et autonome. Sans doute un droit de créance peut être créé incessible, on l'a déjà vu (art. 399); mais lorsque les parties ont voulu qu'il fût aliénable, toute convention ultérieure, passée par exemple par le créancier avec toute autre personne intéressée à cette inaliénabilité, constituerait une altération du droit. Et, ce qui est vrai des droits réels, que le contenu ne peut en être modifié au gré des particuliers, est également vrai, dans une mesure plus ou moins complète, de tous les droits, et même des droits personnels : une fois constitués et créés avec le contenu qui leur a été donné par les parties, il n'appartient plus à ceux qui en seront les titulaires successifs d'en modifier le contenu initial. S'il s'agit de droit de créance, il peut se faire qu'une convention d'incessibilité, même postérieure à la création du droit, reste possible, si elle est passée avec le débiteur. Mais en dehors de son intervention, le contenu du droit échappe au droit de disposition du créancier et des titulaires successifs de la créance. On faisait observer que cette extension du principe de prohibition à tous les droits aliénables, tels que droit d'auteur, droit d'édition, droit de brevet et autres de ce genre, était en contradiction avec les exigences du commerce; que, sans doute, on pouvait bien invoquer la réserve de l'art. 399, étendue à tous les droits de ce genre par l'art. 413; mais que cette réserve supposait un droit créé par voie de contrat entre les parties, ce qui n'était pas le cas, par exemple en matière de droit d'auteur ou de brevet. Cette réserve se fût appliquée au cas de contrat d'édition; les parties auraient pu, en pareil cas, conformément à l'art. 399, introduire une clause d'incessibilité. Mais lorsqu'il s'agit d'une propriété existant par elle-même, et qui ne fût pas de création contractuelle, c'est-à-dire existant à l'égard de tous, à la façon d'un droit réel, et c'est le cas de la propriété littéraire ou industrielle, il n'y a plus place pour l'application de l'art. 399. Cependant, était-il conforme aux exigences commerciales et économiques d'interdire en pareille matière toutes les clauses quelconques d'incessibilité?

5. Ce qui est vrai, c'est que le droit d'auteur, pris en soi, et non dans les applications qui en sont faites, reste soumis, comme la propriété elle-même, au principe général de prohibition de l'art. 137, sans application de la réserve admise par l'art. 399 pour les droits de créance. Il serait inadmissible, par exemple, qu'un auteur qui n'a pas encore cédé son droit, ni pour le tout ni pour partie, s'engageât envers quelqu'un à ne jamais le céder : ce serait créer la propriété littéraire sous forme incessible; or, s'il y y a dans un droit de ce genre certains éléments personnels, incessibles de leur nature, il y en a d'autres, de caractère patrimonial, qui sont aliénables par essence. Mais, au contraire, lorsque le titulaire d'un droit de ce genre constitue, au profit d'un tiers, un droit qui soit un des éléments de sa propriété elle-même, ce droit, étant créé par contrat, et n'étant lui-même ni une propriété véritable, ni un droit réel, tombe sous l'application de l'art. 413 et, par suite, sous l'application de la réserve admise par l'art. 399 : il peut être créé incessible.

6. Tels sont les principes généraux, tels qu'ils résultent de la combinaison de l'art. 137 avec les dispositions des art. 399 et 413, et indépendamment de toute réglementation légale spéciale, telle que celles dérivant des lois particulières de la matière, lois relatives à la propriété littéraire, artistique ou industrielle (cf. GIERKE. D. P. R. I, § 88, p. 805 suiv.).

7. Enfin, l'art. 137 reproduit sous une autre forme la règle de l'art. 796 P[1], d'après laquelle les clauses d'inaliénabilité n'étaient inefficaces que dans leurs effets réels, dans la mesure où elles eussent affecté le contenu réel du droit et fussent devenues opposables aux tiers : cette dernière formule était celle admise par l'art. 796 P[1], et reproduite par l'art. 295 P[1] en matière de droit de créance; ce qui prouve bien que l'on reconnaît un certain effet réel au contenu du droit de créance, puisqu'on ne permet pas d'affecter le contenu de ce droit d'une façon qui fût susceptible de produire effet à l'égard des tiers. C'est qu'en effet le droit de créance, bien qu'il s'agisse d'un droit personnel, est susceptible d'être invoqué par d'autres que ceux entre lesquels il a été constitué, ne serait-ce que ceux à qui il est transmis. C'est ainsi qu'il peut être invoqué à l'encontre du débiteur par un autre que par le créancier initial, son cessionnaire, par exemple; de même qu'il peut être invoqué à l'égard d'un cessionnaire, ayant-cause de l'une des parties. Dans tous ces cas, il ne peut être invoqué que tel qu'il a été constitué et d'après son contenu initial, lequel n'est plus susceptible de changement. Voilà comment la loi a pu

dire que le contenu du droit ne peut subir d'altérations de nature à être opposées aux tiers.

8. Mais, cette prohibition ainsi comprise, rien n'empêche que la clause d'inaliénabilité, si elle a produit, à la charge du titulaire du droit, une obligation par laquelle celui-ci se trouve personnellement engagé, obligation de ne pas disposer du droit, ne soit valable, à ce point de vue, et qu'elle ne réalise ses effets personnels : c'est la nouvelle formule employée par l'art. 137. L'art. 137 ne signifie donc pas que l'acte par lequel les parties avaient voulu établir l'inaliénabilité soit nul de ce chef; il signifie simplement que le contenu du droit ne saurait en être affecté.

Il y a donc certains effets de l'acte ainsi réalisé qui ne pourront pas se produire, ce sont les effets réels; et d'autres qui se réaliseront pleinement, ce sont les effets personnels, ceux qui consistent simplement à créer des droits d'obligation entre les parties; à moins que le seul fait de s'être engagé à ne pas aliéner soit considéré, suivant les cas, comme une promesse contraire à l'ordre public et annulée comme telle; et la loi nous en fournit au moins un exemple (art. 1136).

En dehors de ces cas exceptionnels, une convention de ce genre sera valable en tant que convention. Le titulaire du droit sera donc personnellement engagé; et, s'il aliène, le créancier pourra agir contre lui à l'effet d'obtenir qu'il se fasse rétrocéder la chose. En tous cas, le créancier pourrait toujours agir en dommages-intérêts. Le plus souvent, la clause d'inaliénabilité accompagnera l'aliénation du droit; de sorte que, suivant les cas, s'il y a, de la part de l'acquéreur, violation de la clause d'inaliénabilité, il pourra y avoir droit à restitution au profit de l'ancien titulaire du droit. Si donc il s'agissait d'immeuble, ce droit éventuel pourrait être garanti, au moins dans une certaine mesure, par voie de prénotation, conformément à l'art. 883. Mais, dans aucun cas, ce droit ne pourrait valoir comme condition résolutoire, avec effet rétroactif à l'égard des tiers (cf. art. 161); car ce serait accorder à la clause d'inaliénabilité un effet réel, puisque la condition résolutoire affecterait toutes les aliénations qui pourraient en être faites et que, par suite, le contenu du droit s'en trouverait altéré, contrairement à la règle de l'art. 137 : de droit aliénable, il serait devenu incessible. On a donc pu dire avec raison, quoique la question paraisse devoir rester soumise à controverse, que, si l'on donnait à la clause d'inaliénabilité la forme d'une condition résolutoire, elle ne pourrait encore produire d'autre effet que celui prévu et admis par l'art. 883 (cf. Crome, §85, not. 34 et 35, p. 379).

9. Il n'est pas inutile de constater, d'ailleurs, que l'un des effets les plus immédiats et les plus importants de l'art. 137 sera de supprimer toutes les clauses d'inaliénabilité admises en matière de contrat de mariage, et en particulier en ce qui concerne le régime dotal. Elles pourraient encore valoir, en tant qu'elles se restreindraient aux effets purement personnels qui pussent en résulter; elles seraient nulles dans la mesure où l'on eût voulu leur faire produire un effet réel. Et il faut reconnaître, d'ailleurs, que la tendance avait été déjà, de plus en plus, en Allemagne de supprimer les effets réels de l'inaliénabilité dotale; c'était tout au moins la théorie admise sur le terrain du Droit commun allemand (Cf. Habicht, *Die Einwirkung des B. G. B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse* (2e édition) p. 131, note 1). Peut-être aurait-on pu être tenté de croire que, si les parties se fussent référées à l'un des régimes actuellement existant en Allemagne, la loi eût accepté en bloc leurs stipulations, telles qu'elles eussent correspondu à l'ensemble du régime ainsi visé. Le régime dotal, bien qu'il ait un ressort d'application extrêmement restreint — et encore, on vient de le voir, il s'en faut, là où il s'applique, qu'on ait admis partout l'inaliénabilité dotale — aurait donc pu être stipulé, comme régime conventionnel, en vertu de l'art. 1432; et l'on aurait pu concevoir qu'il fût admis avec toutes les clauses qui le constituent actuellement, donc en acceptant la validité des clauses d'inaliénabilité dotale, au moins avec l'effet assez restreint admis par l'art. 135, puisque, sous le régime existant à l'époque du Code civil, ces clauses continuaient à s'appliquer dans certains pays, ne serait-ce qu'en Alsace-Lorraine. Le Code civil aurait admis de la sorte, à titre de régime conventionnel, tous les régimes antérieurs, pourvu qu'ils fussent expressément stipulés, et au besoin même en exigeant, lorsqu'il se fût agi d'un régime non réglementé par le nouveau Code, comme c'est le cas du régime dotal, que toutes les dispositions en fussent reproduites par voie de réglementation spéciale, puisque la simple référence à un régime antérieur, non reproduit par le Code civil, est prohibée par l'art. 1433. Mais, sauf à exiger une description complète du régime, on aurait pu interpréter l'art. 1433, en ce sens qu'il eût admis comme pouvant valoir encore aujourd'hui, à titre de régimes conventionnels, tous les régimes antérieurs, dans tout l'ensemble de leurs stipulations traditionnelles. S'il en eût été ainsi, la loi eût en quelque sorte prévu tacitement, et permis par avance la stipulation de l'inaliénabilité dotale, de sorte que cette clause fût rentrée, non pas dans les cas tombant sous l'application de

l'art. 137, mais au nombre des exceptions légales prévues par l'art. 135 (cf. note sur art. 135, n° 12, *in fine*).

10. Mais ce raisonnement serait certainement inexact. Le fait déjà qu'on ne peut stipuler en bloc un régime antérieur, fût-ce un régime appliqué en Allemagne, du moment qu'il n'est pas réglementé par le Code civil, suffirait, en quelque sorte, à établir que chacune des clauses individuelles qui le constituent, du moment qu'elles devront être reproduites par les contractants, doivent être appréciées en elles-mêmes, chacune isolément, et soumises à l'application du droit commun, donc à l'application de l'art. 137. Mais cette conclusion est surtout confirmée par les Motifs eux-mêmes qui, sur l'art. 1334 P[1], déclarent que, si l'on a prohibé toutes références d'ensemble à un régime antérieur, par analogie du reste à l'art. 1390 C. civ. fr., c'est en grande partie pour éviter les difficultés pouvant provenir de ce que, parmi ces régimes antérieurs, beaucoup pourraient contenir des clauses qui ne seraient plus admises d'après les principes du nouveau Code (M. IV, 310). C'est la preuve que les régimes antérieurs ne sont permis par voie de stipulations spéciales, que dans la mesure où ils ne se heurtent à aucune prohibition légale du nouveau droit allemand. L'art. 137 s'appliquera sans hésitation à une stipulation d'inaliénabilité dotale; et peut-être n'y a-t-il pas à le regretter. Il y a là une garantie qui a fait son temps et qui se heurte à toutes les tendances du droit moderne.

11. Cette inaliénabilité dotale n'est maintenue qu'à titre transitoire, dans les pays d'application du régime dotal, pour les femmes déjà mariées sous ce régime avant l'entrée en vigueur du Code civil (art. 200, L. Intr.). Et d'ailleurs, certains États, dans leur loi d'exécution du Code civil, ont prévu la question; il en est ainsi pour l'Alsace-Lorraine. L'art. 160 de la loi d'exécution (*Ausf. Ges.*, § 160), tout en apportant une grave modification à l'incapacité de la femme dotale, puisqu'on la déclare désormais pleinement capable sur ses paraphernaux, maintient toutes les incapacités relatives aux biens dotaux; aussi bien l'impossibilité pour la femme de contracter seule une obligation qui pût s'exécuter sur les revenus de sa dot, que l'impossibilité d'aliéner ses immeubles dotaux. Et cette dernière impossibilité est réservée, même dans une hypothèse où l'on fait brèche à l'incapacité générale de la femme mariée en ce qui concerne les biens dotaux, pour le cas où la femme a été autorisée par son mari à exercer une industrie, et à supposer qu'elle s'oblige seule pour les besoins de son commerce ou de son industrie (art. 1405). Ses obligations,

d'après l'art. 160 *Ausf. Ges.*, pourraient s'exécuter dans ce cas même sur les biens dotaux; et cependant, on réserve, en ce qui concerne l'aliénation des immeubles dotaux, l'application des art. 1554 et suiv., C. civ. fr. Mais ce sont là des dépositions purement transitoires, ne s'appliquant qu'aux femmes dotales dont le contrat fut antérieur au Code civil; et encore faut-il avoir soin de faire observer que l'inaliénabilité dotale ne saurait, à aucun degré, s'opposer à ce que les époux, au cours du mariage, changeassent de régime (art. 1432, voir sur tous ces points l'édition de la loi d'Exécution pour l'Alsace-Lorraine de Hugo Molitor, *Das Gesetz betreffend die Ausführung des B. G. B.*, p. 458-461 et Habicht, *loc. cit.*, p. 542).

Art. 138. — Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul.

Est nul, en particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté d'esprit ou l'inexpérience d'un autre, tire profit de la situation, en ce que celui-ci lui promette ou lui assure de toute autre façon, à lui ou à un tiers, pour une prestation par lui faite, des avantages de valeur patrimoniale, qui excèdent la valeur de la prestation fournie, de telle façon qu'en tenant compte des circonstances, les avantages qui en forment l'équivalent soient par rapport à cette prestation dans une disproportion choquante.

1. L'art. 138 répond aux exigences auxquelles ont pour objet de pourvoir en droit français les art. 6 et 1133 du Code civil. Et par là même se révélera une nouvelle fonction du juge, par laquelle son rôle va se rapprocher de celui du législateur. On a déjà vu la fonction judiciaire seconder et compléter la fonction législative, en tant qu'il s'agit de suppléer en matière d'actes privés à l'inexpérience des individus; c'est lui qui doit, en pareil cas, compléter leur volonté, c'est-à-dire interpréter les actes passés par eux, dans le sens le plus conforme au but économique qu'ils avaient en vue (art. 133).

Mais, le juge n'est pas seulement l'auxiliaire des parties, en ce qui concerne la garantie de leurs intérêts particuliers. Il est, avant tout, le gardien des intérêts généraux, en ce qui touche le maintien de la moralité publique. Or, sous ce rapport, le législateur ne peut pas tout prévoir; la loi, ici comme ailleurs, n'a qu'une fonction abstraite et non individuelle. Elle ne peut que tracer quelques règles théoriques, qui ne se plient pas à la variété et à la multiplicité des inventions privés, par lesquelles les

individus peuvent chercher à porter atteinte aux principes généraux qui doivent assurer l'ordre, la justice et la moralité dans la société et faire régner la sécurité dans les relations économiques. Il faut donc que le juge ait en cette matière, comme lorsqu'il s'agit des présomptions à tracer en matière d'interprétation des actes privés, un rôle d'individualisation, qui lui permette de suivre, dans toute leur complexité et d'atteindre sous leurs formes les plus variées, les tentatives faites sur le terrain du droit civil, à l'encontre des règles protectrices de l'equité et de la moralité dans les relations sociales (ENDEM., § 103, p. 433. Cf. HACHENBURG, *Das B. G. B. für das deutsche Reich*, p. 98, 99 et suiv.).

2. Le danger de cette fonction si vaste et si complexe est de donner au juge des pouvoirs sans limites, qui laissent les particuliers exposés aux appréciations purement individuelles et subjectives que chacun puisse se faire de la moralité publique. Il importe donc de tracer sous ce rapport au pouvoir judiciaire certaines limites de nature objective, qui soient une garantie pour la sécurité des relations privées, et pour le crédit économique et commercial. Le droit français avait pourvu à ces exigences par la théorie de la cause.

§ 1

3. La théorie de la cause, dans le Code civil français, constitue, à la fois, une atteinte et une garantie, à l'égard du principe de l'autonomie de la volonté; elle en trace les limites, mais, en même temps elle marque comme une frontière infranchissable aux investigations du juge Elle apporte une limite au principe de la liberté illimitée, en ce que, s'agissant d'un acte par lequel quelqu'un s'oblige, elle permet toujours au juge, en vertu même des pouvoirs que lui confère la loi (art. 1131), de rechercher le but direct que vise cette obligation et qui, d'après la loi elle-même, rentre forcément dans le contenu de l'acte. Donc elle ne permet pas aux parties, et par suite au débiteur qui s'oblige, de séparer sa promesse, c'est-à-dire sa volonté de s'obliger, du but immédiat que cette promesse avait en vue, et qui lui sert de cause juridique. Cela revient à dire que, d'après le droit français, le contenu d'un acte juridique a ses limites et ses contours fixés par la loi; et il ne dépend pas des parties d'en distraire les éléments qui, par leur caractère et leur fonction, en sont partie intégrante. La délimitation du contenu d'un acte juridique n'est pas laissée à l'appréciation souveraine des intéressés; ceux-ci peuvent bien formuler, comme ils l'entendent, telle ou telle clause faisant

partie du contenu juridique de leur volonté, ils ne peuvent pas faire que ces clauses n'en fassent pas partie.

4. Ainsi, quelqu'un promet une prestation à raison de tel fait déjà réalisé, ou dont il espère, par là, obtenir la résiliation; cet équivalent qui justifie sa promesse fait partie, qu'il le veuille ou non, du contenu de l'acte qu'il passe. Il peut bien, dans la forme, isoler sa promesse de l'équivalent qui en est le corrélatif, la loi les rapproche pour en faire un acte juridique unique, que le juge aura le droit et l'obligation d'apprécier dans toute son unité, au lieu de ne le prendre que dans l'élément formel que les parties ont laissé apparaître à l'extérieur. De même, s'il s'agit d'une vente, les parties ont pu vouloir séparer leurs déclarations réciproques, afin de les présenter comme des actes isolés, se suffisant par eux-mêmes. L'acheteur aura déclaré qu'il reconnaissait devoir telle somme, sans indiquer qu'il s'agissait d'un prix de vente. Le juge aura encore le droit de rechercher et d'établir, et le vendeur aura le droit de prouver, que cette promesse couvrait une obligation provenant d'une vente et qu'elle faisait corps avec elle, de telle sorte que cette promesse soit nulle, si la vente est nulle. Pour reprendre une formule déjà indiquée, toute la théorie de la cause tient dans cette idée que la délimitation du contenu d'un acte juridique échappe à l'autonomie de la volonté privée.

5. Et les conséquences de cette théorie juridique sont au nombre de trois. Elles consistent en ce que, non seulement, si un élément qui, par sa nature, doit faire partie du contenu d'un acte, ce que l'on appelle communément la cause d'une obligation ou d'une prestation, est illicite, l'acte tout entier est illicite; mais encore, en ce que, s'il y a erreur sur cet élément, cette erreur se trouve porter sur un des éléments essentiels de l'acte, de telle sorte que celui-ci soit, non pas annulable, mais nul, au moins est-ce la solution traditionnelle acceptée généralement sans distinction ni réserve; et enfin, en ce que, si une promesse était prise alors qu'aucun élément de ce genre la justifiât, elle se trouverait constituer un acte juridique incomplet, que la loi considérerait comme l'œuvre d'un incapable, ou comme un phénomène antijuridique, de telle sorte que la promesse fût nulle, faute de cause. Tout cela revient à dire que le droit français ne reconnaît pas la promesse abstraite, pas plus que le contrat abstrait d'aliénation. C'est ce que l'art. 1131 exprime en disant que l'absence de cause, l'erreur sur la cause ou l'immoralité de la cause, rendent l'acte nul.

6. Mais, en même temps, cette théorie de la cause trace une limite précise aux investigations du juge, en ce qu'elle restreint

ses pouvoirs d'appréciation à ce qui forme le contenu juridique de l'acte. Tout ce qui est au delà est terrain réservé; et c'est ce que l'on entend lorsqu'on formule la distinction célèbre entre la cause et les motifs. De même que la loi recherche le contenu réel d'un acte en dehors du contenu formel de la déclaration, de même elle en limite les contours à ce qui en constitue le contenu juridique, alors même que celui-ci dût être plus étroit que le contenu formel exprimé dans l'acte : le contenu d'un contrat est constitué par la loi, non pas dans le tracé de ses clauses elles-mêmes, mais dans la délimitation des clauses qui doivent en faire partie. Cela est vrai d'une façon absolue en matière de contrats synallagmatiques, contrat de vente, par exemple : le vendeur aurait beau indiquer dans l'acte le motif qui l'a conduit à vendre, ce motif ne serait jamais la cause de l'obligation assumée par le vendeur; il ne ferait pas partie du contenu de l'acte.

7. Ce qui est essentiellement vrai des contrats synallagmatiques, dans lesquels la nature des prestations sert à caractériser le contrat, comme dans la vente, ne l'est plus en matière de prestations unilatérales, lorsque la loi n'a pas prévu la nature de ce qui en pût constituer l'équivalence, et que ce point reste à la liberté souveraine des parties : c'est à celles-ci de fixer le contenu du contrat, et par suite de créer un contrat nouveau, non prévu par la loi, comme elles en ont absolument le droit, en vertu du principe de la liberté des conventions. Cela est vrai, même en matière de donations; en ce sens que les parties ont parfaitement le droit de mettre dans le contenu du contrat ce qui constitue, pour elles, l'équivalent moral de l'obligation ou de la prestation qui leur incombe, de telle sorte que ce qui, normalement, doit constituer le motif de l'acte, entre, de par la volonté des parties, dans ce qui en forme le contenu juridique, et en devient la cause juridique. Ecarter cette possibilité, comme la doctrine a longtemps prétendu le faire, ce serait interdire aux parties le droit de créer, à côté de la donation normale, des contrats mixtes qui fussent encore des donations au point de vue de leurs effets juridiques, mais dont le contenu, tel qu'il a été voulu par les parties, révélât un élément de réciprocité synallagmatique. Admettre le contraire, ce serait violer le principe de la liberté des conventions (cf. Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 515-516). Du moins, faut-il, pour que cette transformation du motif en cause juridique soit possible, que l'intention des parties d'avoir ainsi fait entrer le motif dans le contenu de l'acte soit nettement établie.

8. Même en matière de contrats synalagmatiques à formes

légales, comme la vente, le motif peut encore, si les parties le veulent, être introduit dans le contenu du contrat; seulement, il ne le sera plus, cette fois, à titre de cause juridique; il prendra une autre forme, celle d'une modalité, charge ou condition.

9. Quoi qu'il en soit, que le contenu d'un acte soit délimité par la loi ou par les parties, ce qui est certain, c'est que la cause des obligations qu'il renferme ne peut être cherchée que dans les éléments de ce contenu lui-même, et que tout ce qui est en dehors reste indifférent, au point de vue de la validité de l'acte. Cela rentre parmi les motifs, dont le juge n'a pas à tenir compte. De sorte qu'à tout ce qui est en dehors de la cause, c'est-à-dire en dehors du contenu de l'acte, les trois conséquences de l'art. 1131 restent absolument étrangères; il ne saurait y avoir nullité ni pour absence de motifs, en désignant sous ce nom les éléments étrangers au contenu juridique, ni pour erreur sur les motifs, sauf le cas de dol, ni même, et c'est là le point essentiel, pour immoralité des motifs.

10. C'est ainsi que la théorie française de la cause empiète sur le principe de l'autonomie de la volonté, en ce qu'elle interdit les contrats abstraits; mais, en même temps, elle trace une limite à l'arbitraire du juge pour ce qui est de la recherche de la volonté, en ce qu'il ne peut être tenu compte de cette dernière que s'il s'agit d'éléments faisant partie du contenu juridique de l'acte, sauf à laisser aux parties le droit, sous les réserves qui ont été indiquées, de constituer ce contenu à leur gré.

11. Donc, le juge doit s'arrêter à cette frontière précise; et il n'a pas le droit, même sous prétexte de moralité ou d'ordre public, de pousser plus loin ses investigations et d'annuler un acte, sous prétexte qu'il soit illicite, du moment que son contenu réel ne présente rien d'illicite. Le reste est affaire de motifs individuels. On a considéré qu'aller au delà serait compromettre la sécurité et le crédit en matière d'affaires et de relations économiques. Conçoit-on, par exemple, une vente annulée, sous le prétexte que le but de l'acheteur, donc le motif de son achat, est de transformer l'immeuble vendu en un mauvais lieu? Conçoit-on un prêt annulable sous prétexte que la destination de la somme prêtée soit immorale? L'ordre public est sauvegardé par le principe que tout ce qui rentre dans le contenu de l'acte doit être apprécié au point de vue de sa moralité; et en même temps le crédit est assuré en ce que, tout ce qui est en dehors de ce contenu, échappe à l'appréciation du juge. Seulement, il n'appartient pas aux parties, afin de soustraire leurs conventions à

cette appréciation, de restreindre artificiellement le contenu des actes passés par elles; ce contenu a une réalité juridique et légale, indépendante de ce que les parties en ont mis dans leurs déclarations extérieures.

12. Cette théorie n'est pas celle du Code civil allemand. Celui-ci, partant de l'idée que l'autonomie de la volonté est souveraine, en a tiré comme conséquence que le contenu juridique d'un acte doit être l'œuvre uniquement des parties, et qu'il n'y a pas de contenu légal d'un acte juridique en dehors du contenu de la déclaration elle-même; la déclaration forme seule le contenu de l'acte, elle en constitue la délimitation; et cette délimitation est ce que les parties ont voulu qu'elle fût. Si donc ces dernières ont voulu ne mettre dans leur déclaration qu'une promesse abstraite, détachée de son contenu véritable, celle-ci devient un acte juridique indépendant, qui, de par la volonté même des parties, prend une existence à part et une valeur propre; et celle-ci doit être appréciée uniquement d'après les éléments de la déclaration. Son contenu réel est juridiquement limité à son contenu formel : ceci encore est une des conséquences de la théorie de la déclaration, laquelle a pour objet d'opposer à la volonté vraie la volonté formelle, telle qu'elle a été voulue par les parties comme volonté juridique (art. 780).

13. Mais, à l'inverse, le même principe d'autonomie de la volonté, entendu de la souveraineté de la déclaration, exige que tout ce que les parties ont voulu mettre dans le contenu de cette dernière en fasse partie au même titre. Tout ce qui s'y trouve introduit par les parties est cause, tout ce qui en est exclu est motif, alors même qn'il s'agirait de ce que, théoriquement, et en soi, on eût désigné sous le nom de cause, en droit français. Ce nom lui-même devait disparaître, comme il a disparu, en fait, de la terminologie du Code allemand : car il n'y a plus de définition objective de la cause, il n'y en a plus qu'une délimitation formelle, laquelle est donnée par le contenu de la déclaration; celle-ci entendue, il est vrai, dans toute sa réalité et dans toute sa complexité, et indépendamment, bien entendu, de la forme extérieure que les parties en auraient donnée. La cause se trouve confondue avec ce que l'on appelle le contenu de la déclaration; elle ne s'en distingue plus.

14. La conséquence à tirer de là, au point de vue des trois solutions positives admises par l'art. 1131 C. civ. pr., est que, s'il y a eu promesse abstraite, et qu'en réalité il y ait eu défaut de cause, en prenant le mot au sens français, ou erreur sur la cause,

la déclaration n'est pas nulle: il ne peut y avoir de ressource que dans la théorie de l'enrichissement sans cause (art. 812 et suiv.); ce qui implique droit à restitution, mais droit de nature purement personnelle, sans effet réel. Théoriquement, il aurait dû en être de même en matière de cause illicite (art. 817).

15. A l'inverse, si un élément faisant partie du contenu de la déclaration a donné lieu à une erreur, sans qu'il y ait à distinguer si, de sa nature, ce ne serait qu'un motif ou une cause, au sens du droit français, s'il n'est qu'essentiel ou accessoire, le recours est le même, c'est l'annulabilité de l'art. 119. Il y a, dans tous les cas, erreur portant sur le contenu de la déclaration; et, bien qu'on ait proposé de rechercher encore si l'erreur portait ou non sur un élément essentiel, auquel cas il y aurait eu nullité, on est à peu près d'accord, on l'a vu sur l'art. 119, pour rejeter toute distinction de ce genre et considérer que, dans tous les cas, la délaration est valable en soi, mais qu'elle peut être attaquée pour erreur. Sur ce point encore, la notion de cause est inutile et indifférente : elle est étrangère au nouveau droit allemand.

16. Reste la question d'immoralité; on sait déjà que, si elle se réfère à un élément qui ne fasse pas partie du contenu de l'opération, comme au cas de promesse abstraite ou de contrat abstrait d'aliénation, la seule ressource aurait dû être celle de l'art. 817. Mais, lorsque c'est l'un des éléments du contenu juridique qui se trouvât révéler le caractère illicite de l'acte, allait-on se contenter encore de la ressource, assez indirecte, et assez insuffisante, de l'art. 817? absolument insuffisante d'ailleurs, si l'élément illicite, partie intégrante du contenu de l'acte, ne fût plus une cause au sens de l'art. 817, ou tout au moins qu'il ne pût être question, de la part de celui qui touche une prestation en vertu de l'acte incriminé, d'acceptation contraire aux bonnes mœurs. Quoi qu'il en soit, ne devait-on pas alors, puisque le juge a le droit et le devoir de constater le caractère illicite de l'acte, lequel apparaît dans la déclaration elle-même, prononcer la nullité de l'acte tout entier? Enfin, ne fallait-il pas aller plus loin encore? Et, ce que la loi ne permet pas, lorsqu'il s'agit d'absence de cause ou d'erreur sur la cause, c'est-à-dire les investigations au-delà du contenu de la déclaration, n'était-il pas urgent, pour la garantie même de la moralité publique, d'en faire une mesure exceptionnellement autorisée, en tant qu'il y aurait lieu, non plus de rechercher la volonté réelle par delà la volonté formelle, mais d'apprécier l'ensemble de l'opération au point de vue des exigences de la moralité sociale? Dans une législation qui n'admettait plus la théorie de la cause, au sens

du droit français, le problème se posait sous cette forme; et il importait de lui apporter une solution précise.

17. Le premier projet, s'en tenant sur ce point aux conséquences rigoureuses du système de la déclaration, avait accepté sur ce point la limitation du droit français : l'art. 106 P[1] exigeait, pour qu'il y eût nullité pour cause illicite, que ce caractère résultât du contenu de l'acte. C'était accepter l'un des côtés de la théorie de la cause, telle qu'elle existe en droit français; le caractère illicite d'un acte donne lieu à nullité, mais ce caractère ne peut être recherché en dehors du contenu de l'acte. C'est le principe de limitation admis en droit français, sur le fondement de l'art. 1131 C. civ. fr., en ce qui touche le droit d'appréciation et d'investigation du juge.

18. Mais il y avait cette différence que, le droit allemand n'ayant pas admis l'autre côté, ou la contre-partie, de la théorie de la cause, c'est-à-dire le droit de reconstituer le contenu légal de l'acte en dehors de son contenu formel, ce caractère illicite ne pouvait ressortir que de la déclaration, il ne pouvait être recherché que dans ce qui formait le contenu extérieur de l'acte; de sorte qu'au cas de promesse abstraite, si cette dernière eût été donnée en vue d'un but illicite, ce caractère n'apparaissant pas dans le contenu juridique de l'acte, celui-ci, d'après l'art. 106 P[1], n'aurait pu être déclaré nul; et la seule ressource, comme on l'a déjà vu, eût été celle de l'art. 817.

19. Mais, en dehors de la promesse abstraite, ou des contrats abstraits de cession ou d'aliénation, le caractère illicite se trouvant impliqué dans le contenu même de l'acte, sans qu'il y eût à distinguer entre la cause, le motif ou la condition, l'acte se fût trouvé nul. Toute cette théorie était en parfaite harmonie avec le principe même de la déclaration. S'il n'était pas inexact de dire, comme on l'a vu plus haut, que, sur ce point, et à ce point de vue, l'art. 106 P[1] reproduisait l'un des côtés de la théorie de la cause du droit français, c'est dans la mesure où la cause s'identifie avec le contenu formel de l'acte. Et, en réalité, c'est reconnaître que si, à ce point de vue, les deux théories aboutissaient à ce même résultat de limiter le droit d'investigation du juge, en réalité et au fond, loin de se couvrir l'une l'autre sous des noms différents, elles constituaient deux systèmes juridiques radicalement opposés. Même en présence de l'art. 106 P[1], on pouvait dire que la théorie de la cause, dans tous ses éléments, était exclue du droit allemand; à sa place apparaissait le système de la déclaration, dans ses conséquences les plus logiques.

20. A côté de ce principe de délimitation, en ce qui touche l'élément illicite des actes juridiques, l'art. 106 P[1] présentait une théorie nettement précisée, relativement aux caractères de ce qui dût constituer l'immoralité d'un acte. En d'autres termes, l'art. 106 P[1] répondait à ces deux questions inévitables : dans quels éléments, ou d'après quels éléments, le juge peut-il rechercher le caractère illicite d'un acte; et d'après quel criterium devra-t-il reconnaître qu'un élément de l'acte présente ce caractère?

21. A la première question, l'art. 106 P[1] répondait en déclarant que ce caractère ne pouvait être recherché et trouvé que dans le contenu de l'acte; et à la seconde il répondait en donnant au juge deux bases d'appréciation pour reconnaître le caractère illicite d'un acte : la première était l'atteinte aux bonnes mœurs et la seconde l'atteinte à l'ordre public.

22. Cette seconde question se réfère à la conception juridique que le juge doit se faire du caractère illicite d'un acte. Elle ne peut être traitée qu'une fois la première élucidée, c'est-à-dire la question de délimitation. Etant supposé admis que l'on est d'accord sur les éléments qui constitueront l'illicité, quel sera, au point de la recherche de l'illicité, le domaine d'investigation du juge?

23. Le premier projet avait délimité ce champ d'appréciation de la façon la plus précise et juridiquement la plus rigoureuse; il comprenait tout le contenu de la déclaration, mais ne comprenait que ce contenu lui-même, sans y faire rentrer aucun des éléments de la volonté réelle qui eût été laissé en dehors de ce contenu juridique.

24. La seconde commission avait eu son attention attirée sur les lacunes de la théorie de la déclaration, entendue dans son sens rigoureux; et cela venait précisément de ce que, au cas de promesse abstraite par exemple, le contenu formel de l'acte imposait une limite absolue aux investigations du juge. Devait-on admettre que les parties, pour assurer la validité d'une opération suspecte, eussent le droit de scinder les éléments de l'acte, pour en laisser de côté l'élément illicite et n'en faire apparaître que les clauses susceptibles d'être reconnues par la loi? Pareille théorie eût prêté le flanc à toutes les fraudes et aux combinaisons les plus scandaleuses. D'autre part, il paraissait inacceptable, en faisant revivre la théorie de la cause du droit français, de superposer au contenu formel de l'acte un contenu réel de création légale. Aussi, la seconde commission, sans accepter désormais, au moins

à l'apparence, aucun principe de délimitation, laissa tomber, en quelque sorte, l'idée de contenu juridique, abandonnant par là même la conception tirée du système de la déclaration, pour formuler le principe sous sa forme la plus large et la plus générale, parlant désormais « d'acte qui porte atteinte aux bonnes mœurs », sans dire que ce soit le contenu de l'acte qui réalise cette violation de la moralité publique. Il semblerait donc que le juge pût désormais tirer ce caractère d'immoralité de tous les éléments qui, dans la volonté réelle des parties, constituent l'ensemble de l'opération, même du but final ou des motifs individuels, encore qu'ils fussent laissés en dehors du contenu juridique de la déclaration. Et, de fait, certaines expressions du procès-verbal de la seconde commission pourraient laisser croire qu'il dût, en effet, en être ainsi, d'une façon absolue, sans aucune réserve ni distinction. Les motifs rentreraient toujours dans le champ d'appréciation du juge; bien que ne faisant pas partie du contenu juridique de l'acte, ils constitueraient comme une extension de ce contenu formel, pour en former le contenu réel, au point de vue de la recherche du caractère illicite. Et ce contenu réel ne s'arrêterait même pas à ce qui serait une cause de l'obligation ou de la prestation; la théorie de la cause n'est pas restaurée par le nouveau texte. Toute distinction de fond entre la cause et le motif reste étrangère au droit allemand, au moins à ce point de vue. Peut-être n'en serait-il plus de même en ce qui touche l'application de l'art. 817. Mais, il en est ainsi au point de vue de la validité de l'acte. Ce sont donc tous les éléments constitutifs de la volonté réelle, sans distinction, qui paraîtraient devoir rentrer dans le domaine d'appréciation du juge, au point de vue de la recherche du caractère illicite des actes reposant sur la volonté. C'est l'admission désormais de la conception subjective, en ce qui touche l'appréciation des actes au point de vue de leur moralité, substituée entièrement à la conception objective de la théorie de la cause, comme s'il s'agissait du point de vue pénal (*Pr.* I, 123-124).

25. Est-il cependant aussi certain que paraît le dire le Protocole, que cette théorie doive être celle de la loi? Si, par exemple, une vente est faite dans un but illicite de la part de l'une des deux parties, le juge aura-t-il le droit de rechercher ce motif pour annuler le contrat? S'il devait en être ainsi, autant dire qu'il n'y aurait plus aucune sécurité dans les relations commerciales. Supposons tout d'abord que le motif illicite existe du côté du vendeur, par exemple, en ce qu'il aurait voulu vendre pour se procurer l'ar-

gent nécessaire à une entreprise immorale; personne n'admettra, même si l'acheteur a connu cette destination, que la vente puisse être annulée de ce chef. La question peut être plus douteuse si le but illicite existe du côté de l'acheteur : il achète un immeuble qu'il doit affecter à une destination immorale. En pareil cas, si le vendeur l'a su, on peut dire qu'il s'associe directement à l'entreprise. Quoi qu'il en soit, il peut y avoir d'autres personnes intéressées à la validité du contrat, des créanciers qui aient reçu hypothèque, des tiers qui se soient fait concéder des droits réels; admettra-t-on, au point de vue du crédit, que la vente soit nulle, à raison d'une destination qui n'est pas le but direct du contrat, et qui n'est qu'un mode d'emploi des capitaux qui en proviennent, ou de l'objet qu'il a fait acquérir? Quelle que soit, sur chacun de ces points particuliers, la solution qui doive ressortir de l'art. 138, ce qui est certain, c'est qu'il y a une limite à fixer, une distinction à préciser, une délimitation à imposer, autre peut-être que celle résultant de la théorie de la cause, mais dont l'objectivité ne puisse faire aucun doute; sinon, c'est l'arbitraire du juge qui est à craindre, et la sécurité des transactions qui est menacée.

26. Peut-être nous acheminerons-nous vers la solution cherchée, si nous remarquons que, très probablement, ce qui a dû être le but immédiat de la rectification apportée au projet primitif, c'est le désir de frapper la promesse abstraite, qui aurait été détachée de sa cause directe, en vue d'en dissimuler le but illicite. Toute promesse, ou toute prestation, faite pour récompenser un acte illicite, ou en vue de le provoquer, constituera un acte juridique, qui, pris dans son but, en dehors de son contenu juridique, sera illicite et nul de ce chef. En droit français, on dirait qu'il est nul pour cause illicite; en droit allemand, s'agissant d'un élément pris en dehors du contenu de la déclaration, on dira qu'il est nul pour motif illicite. Le résultat sera le même. En dépit, cette fois, du système de la déclaration, le juge sort des limites de la déclaration, pour entrer dans le domaine de la psychologie individuelle, et prendre la volonté dans son ensemble et son unité, et frapper l'acte total de nullité, sans se contenter de la ressource de l'art. 817.

27. C'est là certainement ce que l'on a voulu viser. Mais, juridiquement, pourquoi en est-il ainsi? Quel est le criterium juridique, puisque nous savons qu'il en faut un et que nous le cherchons, qui nous permet de faire porter ici l'investigation judiciaire au-delà du contenu de l'acte, pour en prononcer la nullité? A lire le texte, nous ne trouvons qu'une seule base de

délimitation, laquelle est la même que celle qui nous servira à fixer la conception de l'illicité : c'est l'atteinte aux bonnes mœurs. Or, nous verrons, sur la question de conception, que l'on a voulu établir ainsi, non pas un criterium abstrait, tiré de la moralité prise en soi, mais un criterium pratique, tiré de la constatation des usages commerciaux en matière de moralité juridique. Le type de moralité, que le juge devra prendre comme mesure d'appréciation, n'est pas un idéal de moralité philosophique; ce sera, en quelque sorte, ce que les mœurs, prises dans leur conception de l'honnêteté, admettent comme le minimum de moralité nécessaire dans les transactions privées. Tout ce qui sera au-dessous de ce minimum sera une atteinte aux bonnes mœurs.

28. Or, il n'est pas douteux, en matière de prestations ou de promesses unilatérales, qu'il est d'usage de relier la promesse, ou la prestation faite, à son équivalent ou au but immédiat qui en ait été la cause directe, afin d'apprécier l'acte dans son ensemble au point de vue de sa moralité; de sorte que, sans faire revivre ici la théorie de la cause, mais en prenant pour base d'appréciation les exigences de l'honnêteté commune en matière d'affaires, nous aboutissons à ce résultat très sûr, et suffisamment objectif, de pouvoir caractériser l'acte comme acte illicite. Seulement, nous le caractérisons ainsi, non plus en vertu d'une distinction théorique et d'une théorie dogmatique, comme celle de la cause, mais en vertu d'une constatation pratique. L'objectivité de la délimitation est tirée, cette fois, non pas de la rigidité d'un criterium juridique, conception abstraite et inflexible, mais de la plasticité, éminemment souple et variable, d'une simple constatation d'usages, ou plutôt de la constatation d'un certain idéal de moralité sociale en matière d'usages économiques.

29. Mais, bien entendu, en parlant de motifs susceptibles d'être laissés en dehors du contenu de l'acte, il ne faut pas entendre cette conception d'un motif purement interne, qui ne se révélerait pas, au moins, par une manifestation extérieure de la volonté téléologique de l'auteur de la déclaration. Il importe de faire observer, une fois de plus, que nous ne sommes pas en matière pénale. En cette matière, pour le juge qui veut peser au plus juste la responsabilité de l'agent, là où l'on admet encore que la responsabilité soit susceptible de dosage juridique, mais tout au moins là où il s'agit de connaître à fond le tempérament et la nature du délinquant, pour lui appliquer une peine strictement individualisée, il faut entrer, aussi avant que possible, dans ce qui forme le fond de la nature morale et psychologique; et il faut, par

suite, pénétrer le mobile du délit. Tel n'est pas le rôle du juge en matière civile; la nullité du contrat n'est pas une peine infligée à un coupable. C'est une satisfaction donnée à la morale publique; elle repose sur cette idée que la loi ne peut pas se mettre au service d'un acte que les bonnes mœurs réprouvent. Or, il faut, pour qu'il en soit ainsi, que, cet acte, les bonnes mœurs le connaissent dans toute sa complexité interne et qu'elles aient le droit de le connaître; et elles ne peuvent le connaître, dans son ensemble psychologique, que si le mobile de l'acte, et, si l'on peut dire, la volonté téléologique de celui de qui il émane, a été l'objet d'une expression extérieure, qui donne droit de la juger et de l'apprécier. Si elle reste à l'état interne, il n'est pas permis à l'opinion publique de la présumer et de juger sur ce qui ne serait même pas les apparences : il y aurait atteinte aux bonnes mœurs, aussi bien à encourager ces enquêtes psychologiques, qu'à ne pas leur donner satisfaction, lorsqu'elles reposent sur des faits, perceptibles à l'opinion publique.

30. L'appréciation du juge dépasse donc, sans doute, le contenu de la déclaration de volonté; mais il doit s'en tenir au contenu de la manifestation de volonté; et par là s'exprime une fois de plus le rapport à établir entre manifestation et déclaration de volonté. L'une est l'expression réelle de la volonté, dans sa constatation objective; l'autre est son expression juridique. Elle ne porte que sur ce que celui de qui la volonté émane a voulu donner comme sa volonté juridique. Lui seul a qualité pour limiter le contenu de sa volonté, en tant qu'il la donne comme étant l'expression de ce à quoi il entend attribuer une valeur juridique; c'est ce qu'il fait par la déclaration. Mais l'opinion publique, pour apprécier l'acte ainsi conclu, ne s'arrête pas aux limites juridiques qui lui ont été données; elle le prend dans la totalité de sa manifestation externe. Et par suite, c'est ce contenu de la manifestation de volonté que le juge est appelé à contrôler, conformément à l'appréciation qu'en peuvent faire les bonnes mœurs (cf. Leonh., p. 376 suiv.).

31. La double limite, que le droit français cherche dans la théorie de la cause, pure conception juridique, dogmatique et abstraite, le nouveau droit allemand la cherche dans la constatation d'un idéal de moralité actuelle. Cette constatation, qui servira à fonder la conception de l'acte illicite, sert en même temps à trancher la question de délimitation. Le juge a droit de porter ses investigations au-delà du contenu de la déclaration, lorsque l'usage commercial va au-delà du contenu d'un acte juridique, pour le condamner

comme contraire à la loyauté; et il n'a pas le droit de les porter au-delà de la limite précise où ce même usage commercial arrête ses propres appréciations. Là où le droit français dépasse le contenu formel d'un acte, pour s'attacher au contenu réel, déterminé d'après la théorie de la cause, le droit allemand ira, lui aussi, au-delà de ce contenu formel, pour atteindre jusqu'au point d'appréciation des usages en cours; et là où le droit français arrête l'investigation du juge, à la limite où il sortirait du contenu réel de l'acte, ou plutôt de son contenu légal, pour passer de la cause aux motifs, pure technique juridique, le nouveau droit allemand fixera une limite au juge, mais qui s'arrêtera au point seulement où l'usage commercial respecte la psychologie des contractants et veut ignorer leurs intentions.

32. Partant de là, il ne faut pas dire forcément que, même à ne parler encore que des promesses ou prestations unilatérales, le résultat de la théorie allemande sera l'équivalent, pur et simple, de celui admis en droit français, sur le fondement de la théorie de la cause; car la limite du droit allemand n'est plus une limite théorique abstraite, mais un criterium concret et variable, de caractère historique. Si donc, en cette même matière, l'usage actuel et les conceptions du moment, en matière de moralité juridique, allaient au-delà de l'appréciation de ce qui correspondrait à la cause proprement dite, pour faire entrer en ligne, même ce que le droit français qualifierait de motif, il n'est pas douteux que l'art. 138 donnerait au juge le pouvoir d'aller jusque là et d'annuler l'acte juridiquement, comme la moralité viserait à le condamner théoriquement. Par exemple, si l'on prend une donation faite dans un but immoral, ou sur le fondement d'un sentiment qui a sa source dans des relations illicites, il est certain que toutes les hésitations de la doctrine et de la jurisprudence françaises sur le point de savoir s'il s'agit ici d'une cause ou d'un motif, n'auraient que faire en pareil cas et seraient tout à fait déplacées en face de la théorie nouvelle; c'est ici le fait que crée le droit. L'usage condamne de pareilles donations, le juge les annulera. Il en serait ainsi dans tous les cas où le caractère d'immoralité d'une prestation, ou d'une promesse unilatérale, résulterait d'un élément que le droit français qualifierait de simple motif, du moment qu'il soit d'usage courant d'en tenir compte pour juger de la moralité d'un acte. La théorie nouvelle, bien qu'elle soit, elle aussi, une théorie objective, va donc plus loin que la théorie française dans la voie des possibilités d'annulation; au lieu de s'arrêter à une barrière purement abstraite, devant laquelle doivent se heurter impuissantes

toutes les suspicions, et même toutes les condamnations de la morale publique, elle va aussi loin que la moralité du peuple, mais pas au-delà : elle n'admet pas qu'un acte que l'opinion publique condamne comme immoral, la loi le respecte; et elle fait du juge, par ordre de la loi, le gardien et l'interprète de la moralité publique.

33. La question, on l'a déjà vu, devient bien plus délicate, lorsqu'il s'agit de contrats synallagmatiques, dans lesquels, suivant la terminologie du droit français, chacune des obligations, ou des prestations, sert de cause, l'une à l'autre. Le juge pourra-t-il, en dehors de ces équivalents réciproques, rechercher le but, soit individuel, soit commun, des parties, pour en faire au besoin une cause de nullité, à le supposer illicite? Il est certain, tout d'abord, que, si ce but était entré dans le contenu du contrat à titre de valeur juridique, — et il n'en peut être ainsi que s'il a pris une valeur obligatoire directe ou indirecte, directe à titre de clause spéciale, indirecte à titre de charge ou de condition, — le juge aurait le droit, et le devoir, d'en tenir compte, au point de vue de l'appréciation de la moralité du contrat. Sous ce rapport, le droit allemand concorde, du moins en ce qui touche la question de délimitation, avec le droit français, s'il en diffère toutefois au point de vue de l'éventualité des résultats, et cela grâce à la théorie, aujourd'hui insoutenable, de l'art. 900 C. civ. fr., qui, au lieu d'annuler le contrat où se trouve insérée une condition illicite, se contente de déclarer la condition non écrite.

34. Le problème ne se pose véritablement que, lorsque le but illicite, personnel à l'une des parties ou commun aux deux, se trouve en dehors du contenu juridique de l'acte; et, bien entendu, en parlant de contenu, et même de contenu formel, il faut redire, une fois de plus, que cela doit s'entendre de tout ce qui, d'après, l'intention des parties, est entré dans les clauses déclarées du contrat, indépendamment, tout au moins s'il ne s'agit pas de contrat solennel, des déclarations expresses dont il aurait pu être passé acte. Lorsqu'il s'agit de contrat non solennel, les déclarations, même écrites, ne constituent pas toute la déclaration; celle-ci peut comprendre tout aussi bien les clauses spéciales tacites que les déclarations expresses; et, d'autre part, le contenu du contrat s'identifie avec celui de la déclaration. Si donc on suppose un élément de la volonté contractuelle qui soit en dehors du contenu de l'acte, et même de son contenu formel, c'est-à-dire de celui qui résulte de la déclaration, c'est à cette déclaration totale, pour s'en rendre compte, qu'il faut se référer, et non seu-

lement à l'acte écrit : il s'agit de l'acte juridique dans tout son ensemble.

35. A lire le texte, et à l'interpréter d'après le Protocole, il semblerait que, même dans ce cas, le juge aurait libre pouvoir de rechercher les motifs individuels, et d'annuler l'acte à raison de son but. Sans doute, théoriquement et rigoureusement, il peut en être ainsi; mais il faut se rappeler le criterium unique d'appréciation imposé au juge : il ne faut pas qu'il permette une violation des bonnes mœurs. Or, on a fait remarquer avec raison que les bonnes mœurs commerciales consistent, avant tout, dans le respect du crédit et la garantie de la loyauté réciproque en affaires. Il y aurait donc atteinte à ces bonnes mœurs, en matière de transactions privées, à ce *fair play* du commerce, si le juge pouvait, s'agissant de contrats à titre onéreux, impliquant échange d'équivalents de caractère pécuniaire, porter le trouble dans les relations économiques, par la recherche du motif individuel. La délimitation relative aux investigations du juge est donnée par l'usage, en tant que cet usage repose sur la constatation d'un délit d'honnêteté et de probité en affaires; or, il n'y a aucun usage, même parmi les gens les plus scrupuleux, qui autorise, sur le terrain du droit civil, une recherche d'intention, en dehors des clauses réciproques qui constituent le contenu du contrat.

36. Tel est du moins le principe : le principe s'applique d'une façon rigoureuse, lorsqu'il s'agit du but proprement dit, et lorsque ce but est purement individuel à l'une des parties. Il faut, en effet, distinguer nettement le but poursuivi, but ultérieur, dont l'acte juridique n'est que la préparation, avec les moyens d'influence employés par l'une des parties vis-à-vis de l'autre. Lorsqu'il s'agit de ces moyens d'influence, nous savons, par la seconde disposition de l'art. 138, qu'ils rentrent toujours dans la sphère d'investigation du juge, alors même que, par leur nature ou par leur résultat, ils ne constitueraient pas un vice du consentement à proprement parler. Cela résulte de l'application, faite par l'art. 138 lui-même, du principe général qu'il venait de poser. Par sa seconde disposition, en effet, il vise les contrats usuraires, ou plutôt les contrats impliquant une lésion, et une lésion obtenue par des moyens irréguliers. Or, il les annule en vertu du principe de nullité des contrats contraires aux bonnes mœurs, non pas par voie d'extension, mais par voie d'application du principe qu'il venait de poser. C'est donc que, d'après ce principe lui-même, le champ d'appréciation du juge est aussi large que possible. Il n'est limité que par l'usage en matière de moralité économique et

sociale. Or, si cet usage condamne sans distinction les contrats léonins, obtenus par des moyens irréguliers, il ne permet jamais, au contraire, que l'on puisse tenir compte du but individuel de l'une des parties, au moins lorsqu'il lui est resté personnel : il s'agit, par exemple, d'un but personnel à l'acheteur, personnel à l'emprunteur. Il ne saurait être question d'en faire rejaillir la responsabilité sur l'autre partie.

37. Mais, on peut supposer que ce but soit commun aux deux contractants; il s'agit d'un prêt fait en vue d'une entreprise immorale et dont le but, de la part du prêteur comme de l'emprunteur, est d'en favoriser le succès : le prêteur avait en vue, non plus un gain ou une affaire de caractère économique, mais un résultat de propagande. Le même exemple pourrait se présenter au cas de contrat de vente, par rapport au vendeur. Et, bien entendu, il faut supposer, non seulement que prêteur ou vendeur eussent connu l'emploi qui dût être fait de la chose vendue ou de la somme prêtée, mais qu'ils eussent voulu s'associer à cette destination. Il va de soi, tout d'abord, que, s'il s'agissait d'une entreprise prohibée, frappée même par la loi pénale, et que le fait de la vente ou du prêt pût être considéré comme un acte de complicité, la communauté de but rendrait l'acte illicite au point de vue civil comme au point de vue pénal; car un acte qui a pour but la perpétration d'un délit, et qui constitue un délit par lui-même, est toujours un acte contraire aux bonnes mœurs. Dans ce cas, il pourrait suffire, suivant les théories admises en matière de complicité, que la partie associée, par sa participation au contrat, à l'entreprise illicite, eût simplement connu le but poursuivi, sans que l'on exigeât son intention personnelle d'y participer : c'est une question à débattre d'après les conditions subjectives exigées en matière de complicité.

38. Aussi, la question ne se pose-t-elle véritablement que lorsque l'entreprise jugée illicite, et à laquelle dût servir l'acte en cause, ne constituait pas, par elle-même, un délit, susceptible de donner à l'acte entrepris le caractère d'un fait de complicité. Or, sur ce point encore, ce sont les usages et les conceptions en cours qui doivent seuls entrer en ligne de compte. Il paraît peu probable que, d'après les habitudes commerciales, on croie devoir tenir compte du motif individuel, par cela seul qu'il ait été connu de l'autre partie : il n'y aurait plus de crédit possible, si cette règle était de nature à s'appliquer, même sous forme exceptionnelle; et l'on sait que les nécessités de crédit rentrent en première ligne parmi les exigences de moralité en affaires. Mais,

s'il était établi, par la correspondance ou par toute autre preuve certaine, qu'il y eut association effective, en vue d'une entreprise illicite, association de fait, sinon juridique, dont l'acte en cause ne fût que la traduction dans le domaine de la vie juridique, il pourrait se faire, ne s'agissant plus de but économique à poursuivre, mais de moyens de propagande à réaliser, que, la question de crédit n'étant plus en cause, les usages en cours dussent autoriser la restitution à l'acte patrimonial, ainsi réalisé, de son véritable caractère, de façon à le rattacher d'une façon indissoluble, et par rapport aux deux parties, au but dont il dépende. L'acte total serait nul, en tant que faisant partie d'un acte plus complexe d'entreprise illicite.

39. On voit donc que le criterium de l'art. 138, criterium dont l'objectivité ne repose que sur des constatations de fait, est autrement souple, et autrement étendu dans son domaine d'application, que le criterium purement théorique de l'art 1133 du Code civil français, dont l'objectivité résulte de conceptions purement abstraites et dogmatiques. Le juge français est lié par un système, le juge allemand n'est lié que par les faits. Le juge français, devant les exigences de la moralité publique, se retranchera derrière un raisonnement géométrique, déclarant qu'il a les mains liées et qu'il ne peut se substituer au législateur; le juge allemand, devant tout acte anormal, condamné par les mœurs, sans avoir à distinguer entre la cause et le motif, entre les éléments juridiquement essentiels et les autres, devra se faire le gardien des mœurs publiques et se refuser à mettre la loi au service d'entreprises ouvertement scandaleuses, et condamnées par l'opinion commune (cf. principalement sur tous ces points Endem., § 103, not. 9 — h., p. 441-442 et texte § 103, II, 3, p. 443; cf. Hachenburg, *Das B. G. B. für das deutsche Reich* (*Vorträge*), p. 51-52).

40. On pourrait donc être tenté de dire que le droit allemand, après avoir rejeté la théorie de la cause dans ses deux premières applications, en ce qui touche l'absence de cause et l'erreur sur la cause, l'a acceptée dans sa troisième. relativement à la cause illicite, puisque, faisant exception à sa théorie de la déclaration, et que, passant outre même au système de la promesse abstraite, il permet encore, lorsqu'il s'agit de cette dernière, la recherche de la cause illicite en dehors du contenu formel de l'acte, comme c'est le cas en droit français.

Mais ce rapprochement, et surtout cette équivalence, seraient de tous points incorrects. Le Code civil allemand permet, sans

doute, au juge de porter ses investigations au-delà du contenu de l'acte; mais la limite nouvelle qu'il lui trace ne se tire pas d'une conception juridique devant laquelle il doive s'arrêter, les mains liées : elle se tire d'une constatation objective des usages en cours. Ce sont peut-être deux voies parallèles, mais totalement différentes, dans les limites qui leur sont tracées.

§ 3

41. Reste, après la question de délimitation, la question de conception; et c'est l'une de celles qui donnèrent lieu, au Reichstag, aux plus vives discussions, sur le terrain même des luttes politiques.

42. Le premier projet, sur ce point, posait deux règles d'appréciation : l'une de caractère objectif, au moins à l'apparence, en tout cas de nature purement idéologique et juridique; l'autre de constatation de fait. Il parlait d'atteinte à l'ordre public; et l'ordre public constitue une conception juridique et même idéologique, qui existe en dehors des usages, et surtout des conceptions courantes, qui peut même, comme on l'a souvent fait remarquer au Reichstag, leur être fort opposée; et il parlait d'atteinte aux bonnes mœurs. En faveur de cette formule, on avait invoqué surtout l'art. 1133 C. civ. fr., dont elle était à peu près la reproduction (M. 211; cf. également art. 6, C. civ. fr.)

43. Par ordre public, il fallait entendre tous les principes généraux de caractère constitutionnel, servant de fondement à l'ordre social, industriel et politique, tel que le principe de la liberté individuelle, celui de la liberté de conscience, de la liberté économique et industrielle, et autres conceptions de ce genre, qui, en dehors de tout changement de constitution politique, sont de nature, sur le terrain purement social, à s'enrichir constamment de principes nouveaux, en ce qui concerne les garanties qui doivent dominer et comme réglementer la lutte des classes, et assurer la protection des travailleurs. Bien entendu, il fallait ranger, également, dans cette catégorie les conceptions en matière de moralité politique et électorale, tels que les principes qui assurent la liberté du droit de suffrage, et qui condamnent tous les contrats qui soient des moyens de corruption politique ou électorale. Sur tous ces points, on n'eut pas de peine à faire remarquer, devant le Reichstag (v. principalement le discours du député Stadthagen *R. Bera*, p. 40 suiv.), que, non seulement le criterium d'appréciation tiré des usages en cours serait, dans

bien des cas, incapable de suppléer à celui des principes; mais que tous deux seraient, le plus souvent, juste à l'opposé l'un de l'autre. Il y a une foule de contrats qui portent atteinte à la liberté du travail ou, à l'inverse, à la garantie du travailleur, et que, non seulement les mœurs actuelles ne condamnent pas, mais qu'elles encouragent, et qui ne sont dénoncés que par une petite minorité, dont les conceptions peuvent constituer, sans doute, une théorie politique, sociale ou morale, mais non des usages faisant partie des bonnes mœurs. Et il en est de même en matière électorale, et d'une façon générale par rapport à chacun des grands principes, dont l'ensemble forme ce que l'on est convenu d'appeler l'ordre public. Il fallait donner au juge le moyen, en ce qui touche ces grands principes sociaux, d'en assurer l'application, en dehors et indépendamment des usages en cours : cela revenait à lui donner, en matière d'actes privés, comme une sorte d'exception d'inconstitutionnalité, en attendant qu'elle lui appartienne en matière d'actes législatifs.

44. Le point de vue des principes ainsi assuré, l'art. 106 P[1] se plaçait ensuite au point de vue des faits : en dehors des atteintes à l'ordre public, le juge devait annuler les atteintes, non pas à la moralité, mais aux bonnes mœurs; et l'on visait par là, non pas l'idéal de moralité théorique que le juge pût se faire en soi, ce qui ne serait, sous une apparence d'objectivité, qu'une pure conception subjective, mais l'idéal répondant, en fait, à la conscience publique, et servant de criterium à l'opinion, pour apprécier ce que l'on doit appeler les bonnes mœurs. On tenait à établir par là une ligne de démarcation, très précise, entre la morale et le droit. Les seuls principes de morale que le juge dût faire respecter étaient, non pas ceux qui fussent, pour, lui un idéal de conscience, mais ceux qui eussent trouvé leur expression pratique dans la conception que le peuple se faisait, soit de la loyauté en affaires, soit du respect de la moralité elle-même dans le domaine de la vie juridique. On excluait, sur le terrain de la moralité, tout criterium de principe, pour n'admettre qu'un criterium de fait. On n'admettait de criterium de principe qu'en matière d'ordre public, et par suite, uniquement, dans ce que l'on pourrait appeler le domaine de la moralité sociale, c'est-à-dire de cette moralité qui, visant les principes essentiels à la vie en société, tout au moins à celle qui fût conforme à la société moderne, eût trouvé sa manifestation et son expression pratique, en dehors de tout idéal subjectif, dans un stock d'idées juridiques, qu'elles appartiennent au droit public, privé ou industriel, peu importe, sus-

ceptibles de former les bases de l'ordre social dans un pays donné.

45. Devant la seconde commission, cette dualité de points de vue, théorique et pratique, fut complètement écartée; le point de vue de l'ordre public fut supprimé, et on ne laissa subsister que celui des bonnes mœurs. On comprit tout ce qu'il y avait de dangereux à mettre entre les mains du juge une arme aussi menaçante, et à lui laisser pleine liberté sur un terrain aussi vague, et aussi indéfini, que celui des principes de l'ordre public, du moment que l'on entendait les opposer aux bonnes mœurs et aux usages. On eût compris, entre les bonnes mœurs et l'ordre public, une autre distinction possible; et il est très probable que ce fut celle que l'on avait eue primitivement en vue en droit français. En parlant de bonnes mœurs, on entend généralement ce qui est conforme aux exigences de la moralité privée, ou à celles de la loyauté en affaires, entendues l'une et l'autre d'après les conceptions en cours; et en parlant d'ordre public, on entend, également, ce qui est conforme aux mêmes exigences de moralité, prises du point de vue de l'ordre social, et par suite aux conceptions admises comme bases de la société, entendue de l'organisme social très complexe qu'est la société moderne; mais exigences appréciées, dans ce second cas comme dans le premier, d'après les idées en cours, et, par suite, d'après ce que l'on pourrait appeler les bonnes mœurs en matière sociale. Les deux points de vue, loin de s'opposer, se compléteraient mutuellement; il s'agirait, dans les deux cas, des conceptions courantes, soit sur le terrain des mœurs privées, soit sur le terrain des relations de l'individu avec l'État, ou de ses relations avec la collectivité sociale. Mais, dans aucun cas, il ne serait permis au juge de formuler un principe théorique, à peine admis par la loi, mais dont la loi, en tout cas, n'eût pas elle-même tiré les conséquences logiques et les applications pratiques, de telle sorte qu'il eût appartenu au juge de tracer, par rapport aux individus, la limite des principes constitutionnels, et de ce que nous appelons plus spécialement les droits publics. En ce dernier sens, il est vrai, on comprend que, entre l'ordre public et les mœurs, il puisse être question, non plus de catégories qui se complètent, mais de fonctions qui s'opposent. Et, puisque l'on pouvait craindre que cette interprétation fût donnée à la formule de l'art. 106 P[1], la seconde commission jugea indispensable de s'en tenir à un criterium de constatation purement expérimentale; elle supprima la mention de l'ordre public, pour ne parler que des bonnes mœurs. Seulement il était admis que celles-ci devaient s'entendre des conceptions de moralité publique,

aussi bien que de moralité privée, et qu'il s'agissait, tout autant de viser les contrats ou les actes juridiques jugés, d'après les conceptions courantes, comme contraires à la morale sociale ou publique et aux devoirs dus à l'Etat et à la collectivité, que ceux considérés comme portant atteinte aux mœurs privées. C'est ainsi que le point de vue tiré des bonnes mœurs revenait à comprendre encore le point de vue tiré de l'ordre public. Mais il le comprenait à la façon d'un criterium d'appréciation pris de conceptions purement positives, existant réellement dans la conscience collective, et non à la façon d'un principe théorique, dont il n'y eût qu'à déduire les conséquences logiques (*Pr.* p. 123-124).

46. On aurait pu concevoir, le point de vue de l'ordre public ayant disparu, que l'on eût remplacé le criterium de moralité positive par un criterium de moralité théorique, de façon à donner au juge un idéal susceptible de comprendre même les violations à la moralité publique qu'eussent tolérées les usages en cours et en quelque sorte les bonnes mœurs, elles-mêmes, prises au sens d'une simple constatation de fait. On l'avait proposé (*Pr.* 123); au lieu de parler de « bonnes mœurs », on eût parlé de « morale »; mais le danger eût été autrement grave, car c'eût été substituer le point de vue théorique au point de vue expérimental et pratique, non seulement dans le domaine de la morale sociale, comme en matière d'ordre public, mais sur le terrain même de la morale privée. C'eût été permettre au juge de substituer à la constatation véritablement objective des usages, et des conceptions en cours, la conception purement subjective de l'idéal qu'il se fît de la morale sociale ou privée. Rien n'eût été plus dangereux.

47. Le point de vue de la seconde commission fut largement approuvé par les Représentants des divers Gouvernements. On comprenait vaguement que l'idée d'ordre public, dont un gouvernement pût tirer parti, sans doute, au profit de pures tendances politiques, et par suite à l'encontre de certains partis politiques, pouvait être exploitée, plus sûrement peut-être, à l'avantage de certaines conceptions sociales, encore incomplètement élucidées au point de vue économique et scientifique, et que l'on pût être tenté d'ériger en dogmes absolus. C'est ainsi que le nouveau texte parvint au Reichstag, sans avoir, jusqu'alors, rencontré d'opposition sérieuse (cf. art. 103 P^2, 134 P^3 et P^4).

48. Devant la commission du Reichstag, on demanda déjà, par voie d'amendement, le rétablissement du texte primitif de l'art. 106 P^1; ou, tout au moins, à défaut de mention faite à l'ordre public proprement dit, on voulait que, dans le texte de

l'art. 130 P[1], destiné à devenir l'art. 134 actuel, on visât les lois en général, au lieu de parler de dispositions prohibitives spéciales; et l'on sait (note sur art. 134) que l'on voulait aboutir, par là, à peu près au même résultat que celui visé par la mention de l'ordre public (*Ber.* 28-29). Les raisons mises en avant, et qui devaient être surtout éloquemment développées en séance générale, étaient l'insuffisance des conceptions courantes pour la protection des principes les plus essentiels de l'ordre social. Mais l'on fit remarquer, et cela surtout de la part des Représentants des Gouvernements, que ces principes étaient placés, comme tous les autres, et comme les principes de morale privée, sous la protection des bonnes mœurs, et qu'un contrat, par exemple, par lequel quelqu'un aliénerait sa liberté personnelle, disposerait de sa personnalité et de son propre corps ou de son honneur, ou encore un contrat contraire au principe de la liberté de conscience, un engagement qui fût une violation de la liberté du travail ou de l'industrie, ou qui constituât une atteinte à la moralité du suffrage, seraient tout autant d'actes contraires aux bonnes mœurs, et qui dussent être annulés comme tels, sans qu'il y eût à parler d'ordre public.

49. Et, tout au contraire, pour montrer le danger qu'il y eût à introduire un principe purement théorique, comme celui de l'ordre public, on posait la question sur le terrain des interdictions de concurrence, l'une des clauses les plus spécialement visées par les partisans de la mention relative à l'ordre public. Prises de ce dernier point de vue, et considérées comme une atteinte à la liberté du commerce, toutes les clauses de ce genre dussent être annulées sans distinction; car, logiquement, toutes constituent, à des degrés qui varient, la violation d'un principe de l'ordre industriel. Et cependant, si on les apprécie au point de vue des usages et de ce qu'acceptent ou tolèrent les bonnes mœurs, il n'est pas douteux que, limitées à un certain rayon seulement d'activité commerciale, rayon géographique ou purement spécifique, peu importe, certaines de ces clauses ne répugnent pas aux usages du commerce, en tant qu'ils sont envisagés au point de vue même de la moralité sociale ou privée. Fallait-il donc que le juge forçât la main en quelque sorte aux usages en cours, pour imposer, de gré ou de force, jusque dans ses conséquences les plus radicales, l'application d'un principe, en soi incontestable, mais qui dût se concilier avec certaines exigences économiques, exigences dont les tribunaux sont peut-être assez mauvais juges; toutes conciliations dont il faut laisser le soin au

commerce lui-même et à l'éducation progressive des esprits?

50. Donc, sur le principe, en tant que principe, la commission du Reichstag conserva la formule qui lui avait été transmise; mais elle crut devoir en faire une application positive, qu'il pouvait être insuffisant de laisser soumise à la pure appréciation du juge; c'est en ce qui concerne les contrats usuraires, et principalement lorsque l'usure porte, non plus sur des contrats de crédit, mais sur de purs équivalents matériels et de simples prestations réelles, objets matériels proprement dits ou prestations de services. La loi additionnelle à la loi de 1880 sur l'usure, loi du 19 juin 1893, avait bien visé cette usure en matière réelle, et en dehors de tout acte de crédit; mais, s'agissant du point de vue pénal, elle exigeait encore, comme pour la répression de l'usure ordinaire, que la pratique en fût usuelle, ce qui visait le délit d'habitude, ou qu'elle fût un procédé professionnel, c'est-à-dire émanant d'un prêteur ou d'un usurier de profession, et alors même qu'elle ne fût pas habituelle. On voulait donc, au point de vue civil et non plus pénal, permettre au juge d'annuler les contrats usuraires, que l'usure se produisît à propos d'un acte de crédit ou d'une prestation réelle, alors même qu'il s'agirait d'un acte isolé et non professionnel. Cela revenait à prohiber tous les contrats léonins. Mais il s'en faut que l'on acceptât, par le fait même, que la lésion devînt une cause de nullité dans tous les contrats synallagmatiques. Car, pour faire de ces contrats un acte contraire aux mœurs, on ne s'attachait pas seulement aux éléments objectifs du contrat, tel que le fait d'une disproportion choquante des équivalents; on visait, comme condition essentielle, l'élément subjectif, tiré de ce que cette disproportion résultât de l'exploitation de l'individu. Et c'est cette exploitation, s'agissant d'un contrat qui ne rentrait plus parmi les contrats usuraires du droit pénal, qui pouvait seule en faire un acte contraire aux bonnes mœurs. La commission du Reichstag tenait à déclarer que, lorsque ce double élément, subjectif et objectif, se trouverait réalisé, il y aurait toujours atteinte aux bonnes mœurs.

51. En séance plénière, le texte ainsi formulé eut à soutenir de vives attaques, tant dans son principe que dans l'application qui venait d'en être faite.

52. Au point de vue de la question de principe, l'amendement relatif à la mention de l'ordre public fut repris par le parti social-démocrate, qui ne pouvait se contenter d'une application pure et simple de la méthode expérimentale, en ce qui touche la fonction judiciaire, et qui ne renonçait pas à se départir de ses concep-

tions doctrinaires, dont le juge dût, à son tour, se faire l'exécuteur, envers et contre tout. Les représentants de ce parti s'emparaient surtout de la concession faite par la commission du Reichstag aux idées dont ils se faisaient les interprètes. La preuve, disaient-ils, que le point de vue des bonnes mœurs est insuffisant, est qu'en matière d'usure on a reconnu qu'il fallait une disposition formelle de la loi, atteignant tous les contrats d'exploitation de l'individu, sans distinction. Si on a cru devoir le faire, c'est qu'à s'en tenir aux mœurs, et même aux bonnes mœurs, un grand nombre de contrats de ce genre sont, non seulement tolérés, mais considérés comme absolument licites, et comme répondant au principe absolu de la liberté contractuelle, qui est resté un dogme de l'économie politique orthodoxe. Or, ce qui est vrai des contrats de ce genre, est vrai de tous ceux qui puissent porter atteinte à l'un quelconque des grands principes sociaux ou politiques, que l'on a cru avoir suffisamment sauvegardés en les plaçant sous la protection de la moralité publique. Il n'est aucun de ces principes à l'égard desquels les mœurs, et même les bonnes mœurs, n'admettent certaines violations, qui, en soi, cependant, sont profondément immorales, ou tout au moins antisociales. Il faut donc, concluait-on, mettre aux mains du juge une arme qui lui permette de faire respecter tous les principes de l'ordre social, comme on l'a fait en ce qui concerne l'exploitation des faibles, en matière de contrats usuraires (cf. STADTHAGEN, p. 41, suiv.).

53. L'amendement fut repoussé, et cela pour les raisons déjà exposées. Parmi les principes admis comme formant les bases de l'ordre social, il n'en est pas un dont l'application extrême et rigoureuse, faite sous forme purement logique, ne dût conduire à des résultats inadmissibles; car il se présente forcément une limite où les principes les plus incontestés se heurtent à d'autres exigences, non moins incontestées, en matière sociale surtout; de telle sorte que, pour ne rien sacrifier de ce qu'il pourra y avoir d'essentiel de part et d'autre, il faut forcément aboutir à des compromis et à des transactions, plus ou moins contingentes, souples et élastiques. La vie sociale n'est possible qu'à ce prix. Cette limite, c'est à la loi à la fixer, lorsqu'il y a urgence à en tracer la ligne séparative. Mais la loi ne peut, et ne doit, intervenir que lorsque la question est suffisamment mûre, ou lorsque les procédés transactionnels à faire accepter s'imposent d'urgence, au lieu d'en laisser faire l'essai au système préalable, et toujours un peu flottant, des tâtonnements successifs. Tant que la loi n'est pas intervenue, cette limite, qui reste encore vague et indécise, ne peut

être esquissée, et peu à peu préparée, que par l'évolution des usages et de l'expérience résultant des faits : il se produit, à ce sujet, des conceptions de moralité plus ou moins variables, suivies de réactions successives, et dont le juge doit se faire l'organe professionnel. C'est là sa fonction propre. Mais il est inadmissible d'investir un tribunal du droit, et même du devoir, de s'élever au-dessus des limites d'application posées par la loi, ou résultant des notions de morale expérimentale, pour tirer d'un principe abstrait toutes les conséquences qu'il comporte, ou ne s'arrêter, si ces conséquences extrêmes deviennent d'une exécution forcée impossible, que devant une limite purement empirique, ne dérivant que d'opinions subjectives ou individuelles, qui risquent, le plus souvent, de s'orienter dans le sens uniquement des courants politiques. A défaut de limitation légale, il faut au juge une limitation objective, qui ne peut se trouver que dans les conceptions de la morale sociale, prise à un moment donné de l'histoire. Le juge est l'organe de la justice, prise au niveau des conceptions du peuple pour qui elle est faite, et dont elle doit refléter la conscience. Il n'est pas l'interprète de principes géométriques, et encore moins l'exécuteur d'une morale géométrique, qui ne réponde qu'à un idéal particulier, et qui risque de choquer le sentiment de la justice, plutôt que de le réaliser.

54. Il va de soi, sans doute, comme on le disait au Reichstag, que beaucoup de contrats, qui seraient illicites en soi, sont tolérés par l'usage; mais, pour faire de cette constatation une objection contre la formule de l'art. 138, il faudrait confondre, comme on a parfois paru le faire, usages et bonnes mœurs. La base d'apprétion offerte au juge n'est pas l'usage, plus ou moins généralisé d'un procédé, jugé contraire à la morale, c'est l'appréciation qu'en donne la morale publique. Or, il n'est pas rare de voir, dans une société, des usages qui tendent à se généraliser, et que tout le monde condamne. Pour savoir s'ils sont ou non contraires aux bonnes mœurs, ce n'est pas à leur fréquence, ou même à la tolérance qui en est admise, que le juge devra s'attacher, mais à l'opinion qu'on en a, au point de vue de la conscience publique.

§ 4

55. Il ne paraît pas, d'ailleurs, que les conceptions, qui aient présidé à la rédaction de l'art. 138, doivent changer grand'chose aux applications, déjà faites à ce point de vue, par la jurisprudence allemande, sur le terrain du droit com nun.

56. On trouvera dans Endemann (§ 103, note 9) un long exposé des principales applications jurisprudentielles; il est peu probable qu'il y ait à l'avenir grand changement à prévoir, sur ce point, à raison des courants nouveaux importés par le Code civil. En ce qui touche le principe de l'inaliénabilité de la liberté personnelle, le Code civil et le Code de commerce ont déjà fait eux-mêmes certaines applications de la formule de l'art. 138 (C. civ., art. 723, § 3; C. com., art. 74 et 266). Et, quant à la jurisprudence qui s'est formée en matière de clauses d'interdiction de concurrence, elle est à peu près la même que la jurisprudence française en cette matière; admettant la nullité en principe, mais sous réserve d'assez larges atténuations, auxquelles il a déjà été fait allusion. Même principe de nullité en ce qui touche les contrats par lesquels on disposerait de son corps, par exemple en vue de faire l'essai d'une expérience médicale ou chirurgicale. La question était controversée pour ce qui est du droit d'en disposer après décès, en vue, par exemple, d'études anatomiques. Il est possible, sur ce dernier point, que le principe de l'art. 138 aide à la solution de la controverse; car il est vraisemblable que, jusqu'alors, on se fût placé, en cette matière, au point de vue d'une certaine conception abstraite de la moralité, plutôt qu'à celui des conceptions qui tendent à se faire admettre, en fait, à cet égard.

57. En matière de liberté quant au mariage, et en tout ce qui touche à certains attributs qui dépendent de la constitution de la famille, tels que la puissance paternelle, les conceptions admises en Allemagne sont les mêmes que celles reconnues par la jurisprudence française; et la conception formulée par l'art. 138 ne fera qu'en confirmer l'application.

58. L'un des points les plus discutés en doctrine, comme en jurisprudence, était celui des promesses en faveur de personnes qui se fussent entremises pour un mariage, et surtout lorsqu'il s'agit de courtage en quelque sorte professionnel. On paraissait arriver à cette conclusion que le fait de se faire promettre des honoraires à l'occasion d'un mariage n'eût rien, en tant que principe, d'immoral en soi, et que ce caractère ne dût résulter que des procédés employés, lorsque ceux-ci fussent de nature à porter entrave à la liberté des intéressés, ou qu'ils dussent aboutir à de véritables dissimulations. Cette solution mixte et transactionnelle paraît bien être en harmonie avec l'état de l'opinion sur ce point; aussi, est-il assez probable que c'eût été la solution qui se serait fait admettre sur le fondement de l'art. 138. Or, c'est, précisément,

pour modifier cet état de l'opinion que la commission du Reichstag vota un amendement, devenu l'art. 656 actuel, destiné à annuler dans tous les cas, et sans restriction ni réserve, les contrats de ce genre. La loi était dans son rôle; le juge doit constater l'état de la moralité publique sans avoir à le réformer. Cette seconde mission appartient au contraire au législateur; et c'est l'un des attributs les plus élevés de sa fonction de faire l'éducation de l'opinion, en s'opposant à la validité de certains actes admis par elle, et qu'il juge contraires aux fins supérieures de la moralité sociale. A tort ou à raison, mais avec raison, semble-t-il, la commission du Reichstag a pensé qu'il devait en être ainsi, lorsqu'il s'agit de courtage en matière matrimoniale. L'art. 656 se présente donc, non pas comme une application, mais comme une modification du principe de l'art. 138 (*Ber.*, p. 53, § 643 c.).

59. Il est vrai que la solution admise par l'art. 656 n'est pas exactement celle qui semblerait devoir découler de l'application rigoureuse de l'art. 138. On ne dit pas que la promesse soit nulle; mais que ce qui a été promis ne peut pas être poursuivi en justice. Et le texte ajoute que, si, cependant, la promesse est exécutée, celui qui a fait ainsi librement la prestation ne peut pas en demander la restitution, sous prétexte qu'il n'était obligé à rien. C'est exactement le système admis en matière de jeu et de pari (art. 762). C'est le procédé transactionnel accepté par la loi, toutes les fois que, sans se prononcer sur le caractère d'immoralité d'un acte, elle veut supprimer les procès scandaleux qui en résulteraient, et refuse de donner action en justice. Et ce motif, en effet, n'a pas été étranger à l'admission de l'art. 656, en matière de courtage matrimonial. Aussi, s'est-on demandé si l'art. 656 devait être considéré comme une application pure et simple de l'art. 138, ou si, au contraire, il devait être envisagé comme reposant sur des idées très différentes, auxquelles l'art. 138 restât étranger : il n'y aurait pas un acte nul, mais un acte incomplet, dépourvu de sanction obligatoire. Ce n'est pas que la solution que l'on puisse admettre sur ce point doive changer grand'chose au résultat positif visé par l'art. 656; car on aurait beau voir dans cette disposition une application de l'art. 138, on ne serait pas autorisé pour cela à permettre, sans autre preuve, l'action en répétition sur le fondement de l'art. 817, puisque sur ce point l'art. 656 est formel : la répétition est exclue.

60. Il semble cependant que la question pourrait se poser à un autre point de vue. On peut se demander si, en formulant l'art. 656, on a voulu viser l'art. 138, en ce sens que ce serait la seule forme

d'application de l'art. 138 que l'on eût voulu permettre, en matière de promesses de ce genre : en cette matière on aurait accepté une sorte de forfait, d'après lequel toute entremise de cette nature serait taxée d'immoralité sans autre preuve, mais ne donnant lieu, à raison précisément de cette sorte de présomption légale, qu'à une demi-nullité, et sans que l'on fût autorisé, d'autre part, à faire preuve de circonstances particulières de nature à entraîner l'application intégrale de l'art. 138, c'est-à-dire la nullité complète. On pourrait croire, au contraire, que l'art. 656 n'eût pas entendu viser l'application de l'art. 138, en ce sens qu'il eût considéré que le courtage matrimonial, en lui-même et à lui seul, ne serait pas un contrat nul, comme contraire aux bonnes mœurs, mais un acte qui, pour d'autres raisons, ne dût pas être sanctionné en justice, tout en réservant l'application intégrale de l'art. 138, si l'on fait preuve de circonstances particulières qui le rendraient particulièrement immoral; et cette dernière solution dépendrait alors des procédés employés (cf. sur tous ces points PL. sur § 656-3, II, p. 399-400, et HACHENBURG, *loc. cit.*, p. 56-57).

61. Il semble bien, d'après les motifs indiqués dans le rapport de la commission du Reichstag (*Ber.* 53), que l'on a, en effet, considéré comme susceptible de choquer les mœurs, non pas le fait d'offrir, après coup, une certaine rémunération, à titre d'honoraires et de souvenir, à celui dont les bons offices ont fait réussir un mariage, mais le fait de conclure, à cet égard, un véritable contrat de caractère pécuniaire, et de nature à donner à celui au profit de qui la promesse est faite l'espoir d'un gain à réaliser. C'est donc le fait d'une promesse, ayant un caractère obligatoire, que l'on a considéré, comme étant, en soi, un acte contraire aux bonnes mœurs; et on ajoutait que, si ces scrupules n'avaient pas pénétré partout et qu'il y eut certains centres ruraux où il n'en fût pas ainsi, c'était une raison de plus pour réformer les mœurs sur ce point. Mais, on n'a pas entendu considérer comme immorale, en soi, le fait d'une promesse dont on se réserverait d'apprécier, après coup, la convenance et l'opportunité, et qui n'aurait d'autre caractère que celui d'une promesse d'honoraires, laissés, suivant les circonstances, à la libre appréciation des intéressés. Voilà pourquoi la répétition n'est plus admise, lorsque l'exécution a été librement fournie. Mais, s'il était démontré que l'exécution a été faite parce que les intéressés avaient entendu se lier par une véritable promesse obligatoire, et, à plus forte raison, s'il résultait des procédés employés que la promesse avait été accompagnée de procédés qui fussent de nature à choquer les mœurs, et à enlever aux

parties quelque chose de leur liberté, et au mariage quelque chose de sa dignité, il ne faudrait pas hésiter à voir, dans cette convention, une sorte de convention aggravée, par rapport à celle visée par l'art. 656, un acte tombant alors, sous l'application directe et intégrale, de l'art 138, et à l'égard duquel la répétition serait admise, sur le fondement de l'art. 817. Le défaut de répétition est admis pour laisser toute liberté au juge de reconnaître pleine validité aux clauses de pure convenance, n'ayant pas eu le caractère d'un acte juridique, à proprement parler, et se traduisant par une prestation d'honoraires, à laquelle ces clauses de convenance dussent servir de cause juridique, bien qu'elles n'eussent été la source d'aucune obligation au sens légal du mot. Mais, s'il était prouvé, qu'au lieu d'une clause de convenance de cette espèce, les parties avaient entendu conclure une véritable convention, et se lier juridiquement, il semble bien, cette fois, que l'on fût sur le terrain de l'art 138, et que tout fût nul : ce qui rendrait la répétition possible, en vertu de l'art. 817.

62. Mais les questions les plus délicates se posent, surtout en matière industrielle, coalitions de producteurs, tentatives d'accaparement, manœuvres destinées à faire hausser les prix. Sous ce rapport, il y a des lois spéciales qui ont prévu certains cas. Mais, en dehors des hypothèses incriminées au point de vue pénal, la question peut se poser sur le terrain du droit civil; et il n'y a guère, sur tous ces points, que des courants assez indécis, sans qu'aucune opinion ferme se soit encore produite. On tend assez volontiers à distinguer suivant la nature de la coalition ou la nature des produits. Il est certain que la spéculation est et doit rester libre; d'autre part, il faut aussi que le marché garde sa liberté. Il y a donc, à ce point de vue, un de ces conflits de principes qui ne peuvent se résoudre que par l'un de ces compromis auxquels il a déjà été fait allusion. Est-ce au juge à trouver le terrain de conciliation, en raisonnant uniquement d'après ses conceptions individuelles? Voilà ce que la loi n'a pas voulu. Son rôle doit consister à résoudre le problème, en s'inspirant des conciliations qui peuvent avoir cours, non pas sur le terrain des usages, mais sur celui des conceptions morales, en se plaçant au point de vue des nécessités industrielles, comme à celui des exigences sociales.

63. Même conflit, d'une nature analogue, lorsqu'il s'agit de ces nombreuses clauses de déchéances, en matière d'assurances, de louages, et en particulier de louages de services, ou autres contrats de ce genre, qui ne sont qu'une façon de spéculer sur les

difficultés d'autrui et d'exploiter par avance les mauvaises chances qui puissent survenir. Sous ce rapport, il se fait, de plus en plus, une éducation progressive de la conscience publique. Alors que les usages s'en tiennent encore au principe du « laisser faire laisser passer », ou de la libre concurrence, l'opinion commence à porter condamnation de ces applications rigoureuses de l'orthodoxie économique. Or, c'est à l'opinion commune, et non aux usages à proprement parler, que renvoie l'art. 138. C'est la conception que l'on se fait de l'honnêteté, et non la façon dont on la pratique, qui constitue ce que l'on appelle les bonnes mœurs. Il semble bien qu'il faudrait appliquer ce principe, par exemple, aux conventions par lesquelles on stipulerait une retenue de salaires pour le cas de rupture du contrat, ou pour le cas de renvoi, et comme peine en quelque sorte d'une résiliation survenue en dehors des cas prévus par la loi. La loi organique sur la grande industrie (*Gew. Ordn.*, art. 134 § 2) défend toute retenue de ce genre qui dépasserait le salaire d'une semaine, quels que soient les torts de l'ouvrier. Il n'est donc pas douteux qu'une convention stipulant, à titre de clause pénale, une retenue supérieure serait nulle, puisqu'elle le serait déjà en vertu de l'art. 134 du Code civil. Mais, en dehors de la grande industrie, la limitation admise par l'art. 134 de la *Gewerbe Ordnung* ne s'impose plus; et ce serait au juge à fixer, pour chaque hypothèse particulière, dans quels cas la clause serait nulle, non plus cette fois comme contraire à une disposition légale, mais comme contraire aux bonnes mœurs, en vertu de l'art. 138 (cf. Stadthagen, *Das Arbeiterrecht* (éd. 1900), p. 42-43 et 214; cf. G. Blondel, *Le Code civil allemand et les ouvriers* dans *Bull.* 1901, p. 86; et, pour les observations faites en séance, p. 217-241).

§ 5.

64. En résumé, l'art. 138, en faisant des bonnes mœurs le seul criterium de moralité des actes juridiques, a entendu imposer au juge une base d'appréciation purement expérimentale, et non théorique. Il s'agit d'un procédé de constatation pratique, en dehors de toute conception juridique, et de toute déduction purement logique, tirée des principes. Cette constatation doit porter, non pas à proprement parler sur les usages qui ont cours, mais sur ceux qui, d'après les postulats de la morale publique telle qu'elle est acceptée d'une façon générale, devraient avoir cours. Il s'agit bien encore d'un idéal de moralité (cf. sur ce point Jacobi,

Recht, Sitte und Sittlichkeit dans *Iher. Jahrb.* 1900, p. 68 suiv., p. 77 suiv, p. 93); mais cet idéal ne doit pas être recherché dans un système purement théorique, au gré du juge, il doit l'être dans le système admis par la conscience publique. Le juge n'a pas le choix entre plusieurs types de moralité; il n'y en a qu'un qui doive le guider, celui qui constitue l'idéal commun de la collectivité à laquelle se réfère l'acte en cause.

65. D'autre part, ce type de moralité ne comprend pas seulement la morale privée, mais tous les devoirs qui incombent à l'individu, en tant que membre d'une collectivité sociale; de sorte que le domaine des bonnes mœurs, au sens de l'art. 138, s'étend tout aussi bien aux rapports industriels, et aux rapports de droit public, qu'à la sphère des transactions privées. Tout acte juridique qui porte atteinte à l'idéal que la conscience publique s'est fait de la conduite de chacun envers les autres, et envers l'Etat ou envers la collectivité, sur le terrain de l'activité juridique, c'est-à-dire en tenant compte des conceptions contradictoires qui dominent le domaine d'application du droit, sera un acte nul au sens de l'art. 138.

66. Il faut observer, en terminant, que la base d'évaluation de l'art. 138, loin d'être fixe et immuable, comme lorsqu'il s'agit de conceptions d'allure dogmatique, reste incessamment variable et soumise à l'évolution progressive des idées en matière de morale publique ou privée. Sur ce point encore, la loi s'en remet à la constatation des progrès qni se produiront dans le sens d'une moralité supérieure, et au profit d'une justice toujours plus intégralement réalisée.

67. Mais il importe, là encore, que le juge fasse exactement le départ, non seulement entre la morale et le droit, mais entre le droit et les convenances. Parmi les conceptions usuelles qu'il doit rechercher, et dont il doit procurer l'application, il faut qu'il distingue entre celles répondant à un idéal de morale pure et simple, et celles répondant à un idéal de morale juridique; et sur ce point aussi, l'art 138, en parlant de bonnes mœurs et non de moralité, laisse parfaitement entendre la distinction. Sans doute, le juge ne doit pas se contenter de constater ce qui se fait, ce qui est usage, et il doit rechercher ce qui, d'après l'opinion commune, devrait se faire, donc ce qui est conception morale. Mais, si l'on se fût contenté de parler d'un idéal de morale publique, — je ne dis pas seulement d'un idéal de morale abstraite, reposant sur un système plus ou moins subjectif; je parle de morale publique, en tant qu'il s'agit, non de l'idéal du juge, mais de l'idéal du peuple, et de

l'éthique qui lui est propre, — encore aurait-il été très difficile de s'arrêter à la limite précise de ce qui, dans le sentiment du peuple, dût être le droit, et de ce qui, au contraire, fût du domaine propre de la morale. Car, même dans le sentiment du peuple, ce qui est l'idéal éthique est facilement considéré, au moins à l'état de *desideratum*, comme devant être l'idéal juridique, à supposer modifiées, sans doute, les conditions de vie dans lesquelles le peuple se débat, donc *mutatis mutandis*. Parler de conceptions de moralité, même en ne parlant que de moralité juridique, eût été exposer le juge à suivre le sentiment populaire dans ses rêves de moralité supérieure, et dans ses vœux, souvent un peu simplistes, d'identification de la morale et du droit; exposer le juge, par conséquent, en se fondant sur le sentiment du peuple, à prendre ses aspirations de « ce qui devrait être », pour ses conceptions de « ce qui pourrait être ».

68. Voilà pourquoi la loi fixe d'abord l'attention du juge sur ce qui est. Il ne peut, et ne doit, s'élever à « ce qui devrait être » qu'en prenant pour base « ce qui est » : les « usages » d'abord, pour savoir ce que sont les « bonnes mœurs; celles-ci n'étant que les « bons usages », mais avant tout des « usages ». Et, par « usages », il faut entendre, s'agissant de l'appréciation d'un acte juridique, les usages juridiques, et non les simples convenances : ce qui revient à comparer l'acte qui soit à apprécier avec les actes similaires de la vie juridique. Les usages à prendre en considération sont ceux qui ont cours en matière d'actes considérés comme devant impliquer une sanction légale, et comme accomplis sous le patronage et la protection de la loi. Or, tout ce qui est de morale pure ne se traduit pas par des actes pour lesquels on requière la sanction légale. Il peut exister dans le peuple telles ou telles aspirations, d'après lesquelles on pût souhaiter un état social tel que, tout ce qui fût de morale pure, se traduisît en sanction juridique. Mais le peuple sait bien que cet état social n'est pas le sien. Et, sans rechercher si cet état social soit jamais réalisable ou non, le juge n'a qu'à constater qu'il n'est pas, et par suite, à ne prendre, parmi les conceptions de moralité populaire, que celles qui soient en harmonie avec l'état social, et surtout avec l'état économique, dans lequel vit la société actuelle. Ce sont donc les usages qu'il doit viser avant tout; et, par là, il est assuré de ne pas sortir du domaine juridique.

69. Seulement, s'élevant d'un degré de plus, ce qu'il doit rechercher, ce sont les bons usages; non pas les usages d'une petite élite, mais ceux de la moyenne des honnêtes gens. Et, même,

si ces bons usages ne sont pas ce que ces mêmes honnêtes gens considèrent comme étant leur devoir juridique et social, montant enfin à un troisième degré d'appréciation, c'est le type abstrait des bons usages, tel qu'il résulte de la conscience moyenne de la collectivité, que le juge doit rechercher et faire appliquer : c'est dans cette mesure qu'il a droit de pénétrer dans la sphère de l'idéal, et de s'élever, au-dessus de ce qui est, pour constater ce qui devrait être. C'est lorsque les intéressés, eux-mêmes, sont d'accord pour se rendre compte de ce qui devrait être, et qu'ils ont conscience qu'ils ne font pas, dans ce même domaine des usages juridiques, tout ce qui devrait être. Et l'on sait combien cette contradiction est fréquente!

70. Prenons, par exemple, un milieu industriel, dans lequel il soit d'usage d'insérer dans les contrats de travail telles ou telles clauses, plus ou moins onéreuses pour l'employé. Je ne parle pas, bien entendu, de véritables clauses léonines qui réaliseraient une véritable exploitation des travailleurs. Celles-là seraient réprouvées par la morale de tous les temps; et toutes les conceptions d moralité sociale leur auraient toujours été opposées. Mais, il y a telles ou telles obligations, mises à la charge de l'employé, devenues tellement de style que celui-ci est le premier à les considérer comme légitimes, sans même les croire onéreuses pour lui. A plus forte raison, en est-il ainsi des employeurs. Puis, les conditions de la vie viennent à changer, les conceptions se modifient avec elles. Bien entendu, c'est dans le monde de ceux qui subissent, et non dans le monde de ceux qui imposent, que l'idée d'une injustice commence à se faire jour. Cela suffit-il pour que le juge constate que les bonnes mœurs exigeraient la suppression des clauses contre lesquelles les intéressés commencent à se révolter? Pas encore.

71. Car il n'y a, jusqu'alors, sentiment de l'injustice que chez une fraction de la collectivité, celle qui est intéressée à croire, et à dire, qu'il y a injustice. En tout cas, à supposer qu'il y ait vraiment injustice, ce n'est encore qu'au point de vue d'une moralité supérieure, qui ne s'est pas traduite dans les usages en cours. L'usage est contraire. Mais, dira-t-on, tout au moins, qu'en vertu du degré supérieur d'appréciation qui a été indiqué, et en se plaçant au point de vue des usages qui devraient être, le juge dût condamner les clauses incriminées? Pas encore; car si le juge peut avoir le sentiment de ce qui devrait être, il constate que, dans l'état actuel des usages, cela ne pourrait pas être : il lui serait impossible de traduire sa conception et son idéal en une type d'usage supérieur

et généralisé. Il ne pourrait les traduire qu'en un type d'acte isolé, proposé à un élite. Pour qu'il y ait type d'usage supérieur, il faut qu'il s'agisse d'un type réalisable, et susceptible d'être un « usage », c'est-à-dire un procédé généralisé, et non condamné à l'isolement. Et cela ne peut être que si ce type est en harmonie avec les conditions de vie, économiques et sociales, auxquelles il doit s'adapter. Cela n'est possible, surtout, que lorsque ceux à qui on veut l'imposer commencent à comprendre, eux-mêmes, qu'ils devraient se l'imposer et qu'ils seraient en état de pouvoir se l'imposer. Donc, l'idéal du juge, si celui-ci se laissait entraîner par les protestations des intéressés, resterait encore un idéal de morale subjective; il représenterait peut-être la justice d'avenir, et non pas celle du présent.

72. Nous sommes au point, précisément, où le système de l'art. 138 diffère de la théorie du premier projet, telle qu'elle était interprétée par le parti social-démocrate. Celui-ci voulait que, lorsqu'un idéal de justice sociale s'était formulé dans l'esprit d'une fraction seulement de la collectivité, cela dût suffire pour qu'il devînt un principe de morale supérieure, dont le juge dût procurer l'application. C'était faire du juge l'agent d'une seule classe, au lieu d'être l'arbitre entre toutes les classes. C'était le mettre aux mains d'un parti, de gauche ou de droite, suivant les époques, au lieu d'en faire le régulateur des intérêts en conflit. Enfin, tant que la lutte de classes subsiste, comme il y a, sinon deux morales, tout au moins deux conceptions de la moralité, c'était obliger le juge à choisir entre les deux, et c'était, par suite, réaliser, non seulement l'arbitraire, mais l'anarchie, en matière de justice.

73. Le rôle que le parti social-démocrate voulait donner au juge, c'est celui exactement, et exclusivement, qui appartient au législateur. La loi, seule, a mission de réformer les conceptions et de prendre parti dans la lutte, en donnant gain de cause, totalement, à l'un des partis en conflit, contre l'autre. La plupart du temps cette solution radicale sera détestable; elle sera, sinon toujours injuste, du moins toujours impolitique. Peu importe, elle ne dépasse pas les pouvoirs ni la fonction dévolue à la loi. Mais, s'il est déjà très grave qu'une loi puisse agir avec cette brutalité tranchante, au lieu de s'en tenir aux compromis qui préparent l'évolution des idées et les changements de conditions sociales, donner ce pouvoir au juge, ce serait introduire dans la société, au lieu de la paix sociale, dont le juge doit être l'arbitre, des éléments de perturbation incessante et d'anarchie morale. Or, il en sera ainsi, toutes les fois que l'on permettra au juge de se faire l'exécu-

teur, radical et logique, d'un principe abstrait, fût-ce d'un principe de morale et de justice supérieure : permettre au juge de procurer *per fas et nefas* son idéal de justice, de morale ou de religion, c'est faire de lui, que le principe duquel il parte lui vienne de gauche ou de droite, un agent d'anarchie sociale. Quiconque, dans un organisme social, veut procurer l'exécution, logique et forcée, d'un principe abstrait, n'est plus qu'un instrument de tyrannie ou d'anarchie judiciaire; et ce sont là deux faces d'un même procédé, le procédé logique appliqué à la vie sociale.

74. Donc, nous n'en sommes pas encore au point où le juge ait qualité pour intervenir. Mais franchissons une nouvelle période d'évolution. Il arrive forcément un temps, où, les conditions sociales se modifiant, les conceptions changent avec elles, même de la part de ceux qui sont le plus intéressés à ce qu'elles ne changent pas. Les idées font leur œuvre; et rien ne peut s'opposer à leur marche, pas même les intérêts qui leur sont contraires. Il arrivera donc un moment, où, même de la part de ceux qui sont les maîtres du contrat, employeurs et patrons, des transactions interviendront, des tentatives de suppression des clauses incriminées se feront jour, bientôt étouffées par les insuccès du début, par les réclamations ou les récriminations soulevées, dans le monde des employeurs, par les intérêts de classes; c'est la marche normale de toute évolution sociale.

75. Puis, tout s'apaise, tout s'aplanit; l'heure vient où une conscience nouvelle se fait jour chez tout le monde, et où, vraiment, les intéressés, eux-mêmes, sentent qu'un usage nouveau est possible, en tant qu'usage, que, peut-être même, il serait juste; quelques-uns commencent à céder, les autres ne résistent que pour se défendre, et ils n'ont plus conscience, en tout cas, d'avoir pour eux la justice. C'est le moment où l'intervention d'un arbitre peut beaucoup, tout peut-être, pour faire prévaloir, cette fois, ce qui devrait être sur ce qui est; le moment, par conséquent, où le rôle d'un conciliateur social transformera ce qui n'était encore que l'idéal d'une minorité, en un usage définitif, usage s'adaptant aux nouvelles conditions de la vie sociale, procédant par essais et par tâtonnements, et non par solutions radicales et abstraites. A ce moment, parmi les opposants, beaucoup seraient prêts à céder; ils ne résistent que parce que les autres résistent. Ils se déclareraient prêts à transiger, si tous les autres en faisaient autant. C'est avouer que les choses sont mûres pour l'établissement d'un usage nouveau : cet usage apparaît dès lors comme un type d'usage, non plus comme un type d'acte isolé proposé à l'élite,

mais comme type de procédé réalisable, comme le type des bonnes mœurs, dans l'état actuel des choses : cette fois le juge est dans les conditions exigées par l'art. 138.

76. Ce rôle d'arbitre, que la société réclame, et que demandent les intérêts en conflit, c'est à lui qu'il revient. Et, puisque la majorité serait prête à céder si tous cédaient, c'est à lui à faire céder; c'est à lui à procurer, par son intervention, ce résultat transactionnel, qui, normalement, devrait s'établir par voie d'union et d'entente entre les intéressés. Cette entente, qui jusqu'alors ne s'était faite que pour la résistance, elle se fera désormais pour l'application des procédés transactionnels qu'on lui impose. La résistance devient impossible, le jour où le juge intervient pour la briser. Ce jour-là, de nouveaux courants se produiront. Ce que l'on déclarait impossible deviendra réalisable, et sera bientôt réalisé. L'union des intéressés se fera alors pour chercher les meilleurs procédés de réalisation, les moins désavantageux pour les intérêts en conflit. Le type d'usage concret, pris sur la base, non pas d'un principe abstrait, mais d'une évolution en voie de réalisation, ce type d'usage que le juge avait pris comme criterium de ses appréciations, deviendra, grâce à lui, un usage existant : les bonnes mœurs seront désormais les mœurs. Et le juge aura été ainsi, comme le veut la loi, l'arbitre de la paix et l'instigateur du progrès. Le droit, entre les mains du juge, n'est pas autre chose qu'un instrument de progrès social. Sinon, il n'est rien; assurément pas une science, à peine un art digne de ce nom, et tout au plus une police.

77. Est-ce donc là, d'ailleurs, un processus imaginaire, sans exemple dans le passé? Il suffit, pour démontrer le contraire, de rappeler l'évolution si intéressante, et véritablement tout à l'honneur de ceux qui l'ont secondée et réalisée, de la jurisprudence française en matière de responsabilité patronale. Était-ce donc, comme interprètes de la volonté du législateur de 1804, que nos tribunaux mettaient la preuve à la charge du patron? Ils savaient bien que ce n'était là qu'un mot et une fiction; la construction juridique qu'ils mettaient en avant n'était qu'un procédé de technique spéciale, dont ils se servaient pour aboutir à un résultat qu'ils voulaient imposer, et qu'ils voulaient imposer, non seulement parce qu'ils le croyaient juste en vertu d'un système préconçu, mais parce qu'ils sentaient que l'usage industriel inclinait, même chez les patrons, en faveur du risque professionnel. L'heure était mure pour une organisation nouvelle de l'assurance industrielle. Les patrons étaient prêts à l'organiser

chez eux ; mais, pour qu'il en fût ainsi, il fallait que le risque leur incombât. Ils résistaient encore pour la forme, par intérêt de classe, faute d'entente collective. Demander l'intervention du législateur eût été prématuré, car la loi ne pouvait faire qu'une œuvre totale, complète dans son ensemble. Pour une œuvre de ce genre, il fallait qu'une évolution nouvelle se fût produite, que des essais d'organisation se fussent déjà réalisés; et tout cela ne pouvait arriver que si le patron se sentait et se savait responsable. C'était l'heure où le juge seul pouvait intervenir, et il est intervenu. Ce qui était d'usage idéal est devenu d'usage positif; l'assurance s'est organisée, la notion du risque s'est précisée et le moment était venu alors pour que le législateur entrât en scène : de là, en quelques années, la loi de 1898.

78. Ce processus judiciaire ne s'est pas produit assurément sur un terrain identique à celui de l'art. 138 du Code civil allemand. Mais il est parti de conceptions analogues, il a évolué d'après une marche qui est exactement celle que l'art. 138 a en vue. C'est le rôle du juge qui s'est trouvé, par là, admirablement précisé, intelligemment rempli, pratiquement couronné de succès : rôle d'arbitre entre les intérêts en conflit, intervenant à son heure, lorsque la conciliation est possible, et qu'elle apparaît comme juste, non seulement à ceux qui sont intéressés à la demander, mais en vertu de la conscience générale de la collectivité ; rôle de conciliateur, par conséquent, qui régularise les usages, qui leur permet de s'établir à titre d'usages, et qui prépare ainsi l'intervention du législateur, lorsqu'au cahos des usages qui s'enchevêtrent et qui se nuisent, sans arriver à faire le départ entre le bon et le mauvais, doit succéder la certitude des réglementations légales.

79. Ce processus de la jurisprudence française en cette matière est le meilleur commentaire que l'on puisse donner de l'art. 138 du nouveau Code civil allemand.

80. La conception du pouvoir judiciaire. dans nos sociétés modernes, se ramène, somme toute, à cette idée que les magistrats jugent, non pas en vertu d'une autorité supérieure qui soit au-dessus de la collectivité, mais au nom de la collectivité elle-même; ce qui ne veut pas dire, tout à fait, comme jugerait la collectivité si elle avait à rendre la sentence par voie de suffrages. Cette idée d'une justice, soumise au système majoritaire, est la plus anti-sociale, et la plus anti-scientifique, qui puisse se rencontrer. Cela veut dire que le juge doit se faire l'organe de la conscience juridique de la collectivité, et que son rôle consiste à

dégager l'idéal de justice pratique, qui réside au fond de la conscience du peuple, pour lui en donner à lui-même la révélation, en même temps qu'il en procurerait la réalisation. C'est à ce titre qu'il est l'organe de la collectivité, au nom de laquelle il rend la justice. Mais, à ce titre également, il ne peut être censé être l'organe d'une autorité supérieure, telle qu'eût été l'autorité royale, sous l'ancien régime; et tel que serait, par exemple, un pur idéal de raison ou de justice, sous le régime moderne. Le juge doit se placer, sans doute, au point de vue d'un idéal supérieur; mais cet idéal n'est pas une autorité supérieure, qui fût au-dessus de la conscience nationale et qui doive entrer en conflit avec elle. Cet idéal, le juge n'a pas qualité pour le chercher, ni dans un système philosophique, tel qu'un système de droit naturel, ni dans un système religieux; il ne peut le chercher que dans le développement historique de la conscience nationale.

81. Il n'est même pas exact de dire qu'il juge au nom de la loi, et que cette autorité supérieure, au nom de laquelle il interprète la loi, ce soit la loi elle-même. Le juge applique la loi; il n'est pas l'organe de la loi. La loi n'est pas une autorité vivante; elle ne prend vie que par l'interprétation du juge. Voilà pourquoi le juge doit tirer ses inspirations d'une autorité qui soit au-dessus de la loi elle-même, puisqu'elle doit servir à la vivifier; et cette autorité, c'est la conscience nationale, dont la loi, elle-même, est censée l'expression. La loi n'est pas, et ne peut pas être, l'expression d'une volonté qui n'existe plus, et qui soit extérieure au peuple, comme serait la volonté d'un législateur qui n'est plus : c'était la conception antique; ou comme serait la volonté d'un souverain : c'était la conception monarchique. La loi est l'expression vivante de la conscience juridique et sociale de la collectivité; et, comme, à elle seule, elle n'est qu'un texte mort, le juge est l'organe qui donne à la loi, chose morte, le souffle qui l'anime, et comme son âme elle-même. Il sert d'intermédiaire entre la loi et la conscience nationale, en ce sens qu'il doit la mettre incessamment au point de l'évolution morale, juridique et sociale, qui s'accomplit, sous le couvert de la loi, sans doute, par elle et avec elle, mais qui, d'une chose morte, doit faire un organisme vivant. De là, l'interprétation incessamment vivante et progressive de la loi par le juge. Là encore, le juge n'a qu'un rôle d'organe ou d'intermédiaire. Il sert à la mise au point. Il ne se fait pas juge de la loi, il n'en est pas le réformateur; il n'est que l'interprète de la collectivité. Il doit adapter la loi à sa fonction sociale, et, en même temps, plier la collectivité à l'adaptation de la loi.

82. Ce rôle d'intermédiaire, entre la loi et la conscience sociale, il le joue également par rapport aux actes privés : il en adapte l'application à un système d'interprétation qui ne vient pas de lui, mais qui puise ses éléments objectifs dans l'observation sociale, prise au point de vue de l'idée de justice. C'est ce rôle, dont l'art. 138, comme l'art. 133, du nouveau code civil allemand a voulu être l'expression législative. Il répond à la fonction essentielle du juge dans nos sociétés modernes; et c'est à ce titre seulement qu'on peut dire qu'il y a un véritable pouvoir judiciaire. Le juge, lorsqu'il représentait le roi, n'avait qu'une fonction de mandataire. Lorsqu'il n'était que l'exécuteur aveugle et strict d'un texte légal, il n'avait qu'une fonction de grammairien, ou de gendarme. Désormais, il doit se faire l'expression vivante de la conscience juridique et morale de la collectivité, et adapter la loi à cette évolution progressive de l'idée de justice dans le peuple : il est alors une autorité sociale, et la plus haute de toutes. Il y a un pouvoir judiciaire, au sens propre du mot; et toute l'économie du code civil allemand, qui fait une si large place à la libre appréciation du juge, ne s'explique que par cette idée d'un pouvoir judiciaire, autonome et souverain.

83. Et, si l'on craint l'arbitraire des évolutions brusques, et l'insécurité qui peut en résulter pour les tiers, il n'y a qu'à faire observer que l'art. 138 domine l'interprétation du juge en toutes matières, et qu'il est le complément, et comme le régulateur, des principes d'interprétation émis sur l'art. 133. Le juge ne peut pas faire, dans l'exercice de son pouvoir, ce qu'il a pour mission d'empêcher, de la part des particuliers, c'est-à-dire porter atteinte aux bonnes mœurs. Or, si la protection du crédit est, comme on l'a déjà vu, l'un de ces principes qui sont mis sous la sauvegarde des bonnes mœurs, et que protègent les bonnes mœurs, à plus forte raison en est-il ainsi de la sécurité du crédit et des intérêts privés. Toute interprétation judiciaire qui aurait pour résultat, soit comme effet général, soit comme conséquence immédiate dans une affaire en cause, de constituer une atteinte anormale aux intérêts privés, et par suite de s'éloigner de l'interprétation que les parties auraient dû se faire de la loi, dans la mesure où elles auraient eu à prendre une initiative ou à faire un acte qui dépendît d'une interprétation légale, serait, suivant les cas, une atteinte aux bonnes mœurs, dont le juge devrait s'abstenir; car, sinon, il commettrait un abus de pouvoir. Toute interprétation du juge qui dût constituer une surprise anormale, alors même qu'elle fût réglée sur ce que le juge pourrait considérer comme

la constatation d'un idéal social ou juridique, en harmonie avec celui de la conscience de la collectivité, n'en serait pas moins une interprétation qui, dans son application, dût heurter, à un point de vue différent, mais tout aussi respectable, cette même conscience juridique de la nation : ce serait donc dans la conciliation de ces intérêts, parfois opposés, et de ces points de vue, forcément un peu complexes, que le juge dût trouver l'orientation décisive, suivant laquelle s'exercerait ce qu'il faut appeler, non pas seulement son rôle, mais son pouvoir, d'interprétation.

84. Faut-il s'attendre, d'ailleurs, à ce que ce rôle, si délicat, et si complexe, soit compris, et admis, en quelque sorte, sans autre initiation, et de la part des magistrats, et de la part des représentants de la doctrine? Sur ce point, sans doute, il faudra une assez longue éducation. Éducation de l'esprit, si l'on peut ainsi dire, chez les doctrinaires; éducation, encore plus difficile, chez ceux qui auront à remplir cette haute mission juridique et sociale. Déjà, on peut pressentir que, du côté des socialistes, il y aura comme une tendance à s'orienter du côté de ces conceptions abstraites que l'on a voulu proscrire, dans le sens, par conséquent, de ces principes théoriques d'ordre social idéal, tels qu'ils sont formulés dans l'intérêt exclusif de certaines classes, en conflit avec les détenteurs de la richesse économique (Cf. Stadthagen, *Das Arbeiterrecht*, p. 38 et suiv.). Et, c'est Stadthagen, précisément (*loc. cit*, p. 40), qui constate, à cet égard, les défiances de son parti à l'encontre des juges de profession. Peut-être semblera-t-il, au point de vue auquel il se place, qu'il y ait plus à attendre des juridictions échevinales, et de l'adjonction, par conséquent, des juges laïcs. Il est peu probable, cependant, que ces tendances doctrinaires puissent être le fait d'hommes qui ne soient pas du métier. Ce qu'ils apporteront surtout, c'est leur expérience de la vie, c'est cette constatation expérimentale des bonnes mœurs, et de la moralité courante, qu'exige l'art. 138, en dehors de tout principe de justice abstraite. L'adjonction aux magistrats de profession de juges laïcs, qui soient comme de simples jurés, destinés à représenter l'opinion commune, à côté, et en face, de l'opinion technique, ou scientifique, du juge, sera plutôt une garantie d'application, en faveur des idées transactionnelles que prétend réaliser la disposition de l'art. 138.

§ 6.

85. On sait déjà qu'après avoir approuvé le principe, admis par le projet de la seconde commission, la commission du Reichstag

voulut en faire une application positive et concrète aux contrats usuraires. C'était une façon de donner satisfaction, dans la seule mesure qui fût acceptable, aux desiderata du parti social-démocrate; et sur ce point le parti du Centre approuva l'innovation (cf. discours du député Gröber, *R. Ber.*, p. 46). Les précédents de l'amendement introduit par le Reichstag ont été exposés, ou tout au moins esquissés, antérieurement.

86. Ils se rattachent aux conceptions nouvelles, admises, depuis la loi du 24 mai 1880, en matière de contrats usuraires. Au principe de liberté illimitée, on substituait un nouveau système de restriction, fondé, non plus, comme par le passé, sur un élément purement objectif, tel qu'une limitation générale du taux de l'intérêt s'appliquant à toutes les espèces, mais sur une appréciation individuelle des éléments subjectifs de chaque espèce en cause. Le caractère abusif et léonin de l'intérêt ne peut être fixé une fois pour toutes; il dépend des circonstances de chaque cas particulier. Un taux modéré peut être le résultat d'une extorsion aussi scandaleuse que la stipulation d'un intérêt considérable; et cette dernière, au contraire, peut se justifier par des raisons qui n'impliquent en rien une exploitation de l'individu. Ce qui fait l'immoralité de l'usure, ce n'est pas le taux de l'intérêt, c'est l'exploitation qu'elle implique; c'est donc cette exploitation qu'il faut prouver et atteindre, sans s'attacher à la disproportion du loyer de l'argent, et, d'une façon générale, à la disproportion objective des équivalents. De là, le nouveau système d'incrimination en matière d'usure; celle-ci n'est punie que si la disproportion du taux de l'intérêt est le résultat d'une exploitation de l'individu. Seulement, on exigeait encore, pour constituer l'infraction, que l'usure fût habituelle ou professionnelle. Une fois engagé dans cette voie, on s'aperçut, facilement, que l'exploitation contractuelle ne se réalisait pas seulement en matière de crédit, et ne se manifestait pas uniquement par la disproportion de l'intérêt en matière de prêt, ou de contrats équivalents; mais que, dans tout contrat synallagmatique, impliquant échange d'équivalents de valeur pécuniaire, les mêmes abus pouvaient être à craindre. Il en résultait qu'à côté de l'usure, en matière de crédit, il pouvait y avoir une usure, en matière de prestations au comptant, et que l'usure au comptant était plus fréquente encore que l'usure au crédit. Ce n'était autre chose que la lésion en matière contractuelle; mais une lésion consistant, non pas exclusivement dans la disproportion excessive des équivalents, mais surtout dans l'exploitation de la faiblesse, des besoins, ou de la misère, de l'un des contrac-

tants. Cette nouvelle forme de l'usure, ou plutôt de l'exploitation contractuelle, fut incriminée et frappée par la loi complémentaire du 19 juin 1893. Cependant, cette fois encore, il fallait, comme condition de l'incrimination, l'un ou l'autre des deux caractères exigés pour l'usure en matière de prêt, qu'elle fût habituelle ou professionnelle.

87. C'est ce caractère professionnel de l'usure ou de l'exploitation que l'on considéra, au Reichstag, comme aussi peu justifié, en tant que condition de la nullité au civil, qu'il était légitime, comme condition de l'incrimination, au point de vue pénal; le mot professionnel comprenant, d'ailleurs au sens large, l'une ou l'autre des deux conditions exigées par les lois de 1880 et de 1893, puisque l'habitude fait de l'usure une sorte de profession.

88. Sans doute, on avait objecté, devant la commission, que, si l'habitude de l'usure ou du contrat d'exploitation en constituait le caractère délictueux, c'est que, déjà, chaque fait d'usure ou d'exploitation était condamnable par lui-même et contraire aux bonnes mœurs; aussi, déclarait-on que le principe de l'art. 138 devait suffire, sans qu'il fût besoin d'une mention spéciale à cet effet (*Ber*., p. 29). Mais, ce qui prouve bien que ce raisonnement n'était pas absolument exact, c'est qu'en séance plénière le nouvel amendement fût vivement attaqué, du côté du parti conservateur principalement, et attaqué en lui-même, en tant qu'il impliquait une extension de l'art. 138, et une application excessive du principe formulé par lui, application susceptible de porter sur des contrats que n'eussent pas forcément réprimé les bonnes mœurs.

89. La principale objection de l'opposition revenait à dire que, s'agissant de contrats isolés, et non plus habituels, tous les contrats synallagmatiques devenaient désormais suspects. Il n'en est pas un, lorsque l'un des équivalents se trouverait en forte disproportion avec l'autre, au sujet duquel celle des deux parties qui fût en perte ne dût se prétendre victime d'une exploitation. Il importe donc, disait-on, pour la sécurité du crédit, de laisser agir, ici encore, le principe de distinction de l'art. 138; car ce ne sont pas tous les contrats qualifiés d'exploitation qui sont en contradiction avec les bonnes mœurs, tant qu'il s'agit d'un acte isolé. Sans doute, il en sera toujours, ou à peu près toujours ainsi, d'un prêt usuraire; même, en tant qu'acte isolé, il sera qualifié d'acte illicite : les mœurs sont ainsi. Mais, si l'on suppose une vente, ou encore une fourniture de logement ou de denrées, aboutissant, par exemple, à une note d'hôtel exagérée, fût-ce même le patron d'un restaurant qui ait profité des circonstances, plus

ou moins scandaleuses, dans lesquelles pouvait se trouver un client, pour en tirer parti, ou enfin un contrat de travail, stipulant un salaire insuffisant, dans tous ces cas, il n'arrive pas toujours que les mœurs condamnent impitoyablement le fait en lui-même. Cela dépend des circonstances; il faut donc laisser l'appréciation du juge dépendre des circonstances. Les mœurs ne sont impitoyables, d'une façon absolue, que lorsque le fait devient une habitude, ou qu'il prend un caractère professionnel; mais dans ce cas la nullité s'impose, puisque l'acte devient un délit. En tant qu'il reste un acte isolé, et non professionnel, il faut s'en remettre encore aux bonnes mœurs; sinon, si on impose la nullité d'une façon absolue, dans tous les cas, et alors même que les mœurs ne seraient pas en sa faveur, il ne faut plus dire que ce soit une nullité pour immoralité du contrat. Ce ne pourrait être qu'une nullité pour atteinte au consentement; cela revient à faire de la lésion un vice du consentement. La théorie peut se défendre; seulement, il ne faut plus parler de nullité, mais d'annulabilité, comme au cas de dol ou de violence (Cf. principalement les discours des députés HAUSSMANN et VON BUCHKA, *R. Ber*, p. 45 et 48).

90. De ces différentes objections, la plus forte était, à coup sûr, la première, la menace portée au crédit; car, pour ce qui est de la seconde, celle portant sur la fausse qualification de l'annulation, ce n'était plus qu'affaire de juristes, à régler entre juristes.

Etait-il donc vrai que tous les contrats synallagmatiques dussent se trouver menacés, car tous portent plus ou moins l'empreinte d'une lésion, et toute lésion implique plus ou moins exploitation? M. le député Gröber (*loc. cit.*, p. 46) n'eut pas de peine à démontrer qu'à vouloir trop prouver, on ne prouverait rien; car on aurait pu en dire autant de presque tous les prêts, et c'eût été tout le système des lois de 1880 et de 1893 qui eût été remis en question. Or, l'amendement du Reichstag, s'appropriant la formule des lois de 1880 et de 1893, exigeait tout d'abord, comme condition de la nullité, un élément objectif, susceptible à lui seul de constituer une garantie sérieuse : il supposait, non pas une lésion quelconque, mais une lésion anormale. Le texte allemand parle même d'une lésion qui choque et qui surprenne; ce qui implique que l'écart, non seulement soit anormal en soi, en calculant la valeur réciproque des équivalents, mais qu'il étonne et qu'il choque les usages : de sorte que, même en ce qui touche l'appréciation de la lésion, et sur ce point particulier de la matérialité du fait, ce sont encore les usages courants qui sont décisifs. Est-ce que cela ne revient pas alors à la dis-

tinction, au moins par voie de présomption préalable, de l'art. 138? On voulait que la nullité ne s'appliquât que si l'acte choquait les bonnes mœurs; est-ce que, lorsque la lésion matérielle, en soi, choque les usages, il n'y a pas déjà présomption que l'acte choque les bonnes mœurs? Que manque-t-il donc, pour que cette disproportion soit tenue pour scandaleuse? Qu'elle résulte d'une exploitation de l'individu. Si cette exploitation est prouvée, l'acte se trouvera forcément contraire aux bonnes mœurs; et cela résultera, avant tout, de sa matérialité propre, et d'un élément objectif qui, loin de se retrouver dans tous les contrats, ne constituera que l'exception, et sera, par le fait même, une garantie de sécurité en matière de transactions (Cf. Leonh., p. 378).

91. Il n'y avait donc rien à craindre en ce qui touche le crédit; et, à d'autres points de vue, le Reichstag croyait nécessaire de donner à ce propos une indication, et comme une ligne directrice, au juge. Il n'était pas inutile, en effet, d'une part, d'illustrer le principe, qui venait d'être posé, par un exemple qui le mît pleinement en relief, et, d'autre part, d'établir une règle d'application concrète, qui écartât les divergences d'appréciation sur un des points les plus importants pour la vie sociale.

92. Il pouvait arriver que certains de ces contrats d'exploitation fussent tolérés par l'usage, bien que l'opinion trouvât la disproportion choquante, et l'écart criant, entre les deux équivalents. Or, le juge aurait pu se méprendre sur le sens du principe et croire, puisque l'usage et les mœurs toléraient l'acte qui lui fût soumis, que cet acte n'était pas contraire aux bonnes mœurs, d'après l'art. 138. C'eût été une erreur absolue d'interprétation; car le fait seul que l'écart étonne et choque l'opinion prouve que, dans l'opinion générale, la disproportion n'aurait pas dû exister, et que l'usage devrait disparaître : ce serait un de ces cas si fréquents où l'opinion commune est la première à condamner l'usage qu'elle tolère. Or, dans un conflit de ce genre, entre les conceptions courantes et les usages courants, on a vu que le juge doit se décider en faveur des conceptions et du type de moralité et d'usage admis par l'opinion, contre l'usage toléré par elle. Voilà qui nous éclaire sur le sens de la règle elle-même.

93. D'autre part, on tenait, sur un point aussi important que celui des contrats usuraires, à éviter toute hésitation et à poser une règle invariable pour le juge. Ce que l'on avait tout spécialement visé, c'étaient les contrats de louage de services, avec salaires insuffisants, donc l'exploitation des travailleurs, pressés par le besoin, le chômage ou la concurrence, et qui accepteraient un

salaire dérisoire. On voulait que, si, vraiment, le taux était d'une disproportion choquante au point de vue des usages en cours, que si, d'autre part, il y avait abus de la situation, et par suite exploitation de la gêne ou de la faiblesse d'autrui, le juge ne se laissât pas arrêter par le dogme de la libre concurrence, pour justifier le contrat et en accepter la moralité. Cela veut-il dire que les employeurs n'aient pas le droit de profiter eux-mêmes de la situation, et de l'abondance de la main-d'œuvre, par exemple, pour abaisser le taux des salaires? L'amendement du Reichstag est loin de conduire à ce résultat. Car, s'il exige que la disproportion soit choquante, il exige aussi que ce caractère d'anormalité se mesure aux circonstances : le mot est dans le texte. Il ne s'agit pas d'une disproportion anormale en soi, c'est-à-dire en ne tenant compte que de la valeur usuelle des deux équivalents, mais d'une disproportion qui, du point de vue des circonstances, soit anormale, et qui le reste, par conséquent, en dépit des circonstances spéciales qui pouvaient cependant justifier un certain écart plus considérable que de coutume. Or, si, précisément, on abuse des circonstances pour accroître l'écart, de façon à s'assurer un gain illégitime, au détriment d'autrui, et par l'exploitation d'autrui, le fait que l'opinion publique est la première à trouver choquante la disproportion des prestations et avantages réciproques doit équivaloir forcément à une condamnation prononcée, sinon par l'usage, du moins par les bonnes mœurs; et le juge devra annuler l'acte.

94. On voit que toutes les mesures sont prises pour que la liberté légitime en matière de transactions, même quand il s'agit de ces prétendus contrats industriels, qui ne sont que des lois industrielles, acceptées de ceux à qui on les impose, est parfaitement respectée. Ce qui est entravé, c'est l'abus qu'on en voudrait faire, lorsque cet abus est condamné, non pas exclusivement par ceux qui en sont victimes, mais par la conscience générale du pays, celle qui correspond à ce que l'on appelle les bonnes mœurs.

95. C'est ainsi que la seconde disposition de l'art. 138 se présente comme une application pure et simple de la première : le texte le dit lui-même. On pourrait, peut-être, vouloir en conclure que, s'agissant encore d'une appréciation présumée conforme aux bonnes mœurs, si la conception de ces dernières vînt à changer, pour certains tout au moins des contrats visés par le texte, le juge dût, en pareil cas, accepter, dans l'application de la loi, les distinctions faites par les bonnes mœurs; ou sinon, si l'on refuse ce pouvoir au juge, ne vaut-il pas mieux dire que, sans s'occuper des mœurs, c'est, cette fois, une appréciation que la loi impose

d'autorité? Pour la protection de la moralité publique, elle veut que tout contrat de ce genre, sans distinction, soit traité de contrat illicite, indépendamment de ce qu'en penserait l'opinion commune.

96. Certes, c'est bien ce dernier résultat qu'impose le texte. Mais, même dans cette éventualité, si l'appréciation légale se trouvait en contradiction avec les mœurs, il serait faux de dire que le contrat fût immoral uniquement par la volonté de la loi, et non d'après le sentiment des honnêtes gens. C'est que, en effet, la contradiction que l'on suppose ne peut pas exister, du moment que la matérialité du fait dépend, elle-même, d'une question d'opinion, et que l'on s'en rapporte à cette dernière, pour ce qui est de l'appréciation de la lésion, et pour ce qui est du caractère d'anormalité de la lésion. Toute lésion, jugée anormale, d'après la conception des honnêtes gens, est toujours, en fait, une lésion qui choque les bonnes mœurs, dès qu'elle résulte d'une exploitation de la faiblesse ou de la misère. Ce qui pourrait laisser croire que cette contradiction, entre les mœurs et la loi, fût susceptible de se produire, c'est la confusion que l'on est toujours tenté de faire entre les usages et les bonnes mœurs : une lésion qui choquerait les bonnes mœurs pourrait devenir tolérée par l'usage; elle n'en serait pas moins contraire aux bonnes mœurs, d'après l'art. 138. De sorte que, quelque changement qui se produise dans les conceptions en cours, l'application du second alinéa de l'art. 138 se présentera toujours comme une conséquence rigoureuse du principe général posé par le texte dans sa première disposition.

97. Et cette observation suffit à bien établir la différence qui subsistera toujours, quoi qu'on fasse, entre la nullité pour lésion, d'après l'art. 138, et l'annulabilité pour vice du consentement. La lésion visée par l'art. 138 n'est pas une lésion supposée suffisante pour vicier le consentement; ou, du moins, c'est un point que le juge n'a pas à rechercher. C'est une lésion suffisamment apparente, et obtenue dans des circonstances telles qu'elle choque les bonnes mœurs, alors même que l'exploitation qui l'a produite n'eût pas été de nature à vicier la volonté. Et, ce qui prouve bien qu'il ne s'agit pas ici d'un vice du consentement, c'est que la première condition de la nullité consiste dans un élément purement matériel, apprécié d'une façon toute objective, sans référence aux conditions relatives à la volonté, la disproportion anormale entre les équivalents. Si cette disproportion, que les circonstances rendent anormale, — car il ne faut jamais oublier cette addition complémentaire du texte, — n'existe pas, en tant qu'anormale, ou

si l'anormalité n'est pas jugée suffisante, parce qu'en soi elle ne choque pas l'opinion, l'exploitation de l'individu aurait beau avoir été extrême, le contrat ne serait jamais nul. Il ne pourrait y avoir annulation possible que si l'exploitation rentrait dans un des vices du consentement, dol ou violence. Et, à l'inverse, même si l'exploitation est relativement faible, si la lésion matériellement est très forte, le contrat sera nul comme contraire aux bonnes mœurs. On voit donc qu'il n'y a pas à parler de vice du consentement (cf. HÖLDER, p. 307). Donc, dans tous les cas, il y aura nullité et non annulabilité; et, si, d'autre part, l'élément matériel du fait, la lésion énorme, se trouvait concourir avec l'existence d'un véritable vice de consentement, il y aurait, de ce chef, deux causes d'annulation, et le contrat serait nul, sans qu'il fût besoin de le faire tomber en l'annulant.

98. Mais le point par où la cause de nullité de l'art. 138 § 2 se rapproche de celles résultant des vices du consentement, est l'élément subjectif qui la caractérise : il faut une exploitation des besoins ou de la faiblesse de l'individu, victime de la lésion; et cette exploitation est déjà par elle-même un délit civil. C'est même uniquement ce délit qui rend le contrat contraire aux bonnes mœurs. De sorte que, tout à l'inverse de ce qui existe en matière de vices du consentement, la volonté dont on tient compte, ce n'est pas la volonté de celui qui a été victime de la pression subie, mais la volonté de celui de qui la pression émane. La volonté de celui qui accepte est présumée intacte, mais la volonté de celui qui impose est jugée coupable : il faudra donc que celui de qui vient l'exploitation soit capable de responsabilité, au moins de responsabilité en matière de délit civil. Ce que l'on frappe, ce n'est pas un acte disproportionné en soi, mais un acte condamnable par le fait de celui qui en est l'auteur (HÖLDER, p. 306).

99. On peut compléter, par là, certaines insuffisances de la théorie de la violence, qui, d'ailleurs, ont déjà été indiquées (note sur art. 123). Car l'art. 138, tout en exigeant encore une responsabilité personnelle, de la part de celui de qui émane l'acte illicite, n'implique pas, comme le fait l'art. 123, que l'initiative vienne de lui. Au cas de violence, il faut que le fait direct de l'auteur de la violence soit la cause immédiate de la déclaration émise. Lorsqu'on parle d'exploitation de l'individu, on ne dit pas que la contrainte qui en résulte doive résulter d'un fait initial, provenant de celui qui en profite. Ce peut être une contrainte provenant des choses extérieures, que l'autre partie n'a pas créée, et dont elle accepte seulement de profiter. On peut exploiter autrui, en tirant parti de

ses besoins, sans avoir créé ni provoqué l'état de choses dont il est victime; on peut même, ce qui est encore un degré de plus, ou, si l'on préfère, un degré de moins, exploiter la situation où il se trouve, sans avoir pris l'initiative de proposer le contrat qui doive le léser, mais en acceptant l'offre qu'il en fait lui-même. On a déjà vu, sur l'art. 123, l'exemple de l'individu qui, sous le coup d'une menace dont l'autre partie n'est pas l'auteur, ou même sous le coup d'un danger dont personne ne soit l'auteur, offre, pour obtenir qu'on lui vienne en aide, une somme disproportionnée avec le service ou le secours qu'elle réclame : le fait, pour celui qui accepte, de se prévaloir de cette situation, pour exiger la somme intégralement, pourra être, suivant les cas, une exploitation d'autrui. Et cependant celui qui exploite ne se sera pas fait promettre la somme; il aura, purement et simplement, accepté une promesse. Il ne faudrait pas se laisser tromper, sinon par l'expression allemande, tout au moins par la traduction qu'on en donne généralement. Le texte dit qu' « au moyen de l'exploitation d'autrui il se laisse promettre » : *Unter Ausbeutung sich... versprechen lässt*; ce que l'on traduit en ce sens qu'il « se fait promettre ». L'expression allemande « *sich versprechen lassen* » n'a, cependant, pas la même force, nette et précise, que la traduction française : « se faire promettre ». Elle n'implique pas forcément un rapport de causalité, de la part de celui qui joue le rôle actif indiqué par le verbe. Cela ne veut pas dire, forcément, qu'il prenne l'initiative de la promesse qui lui est faite; cela peut s'entendre, tout aussi bien, du fait de jouer un rôle actif, uniquement dans l'acte juridique réalisé par la promesse, que du fait d'avoir pris l'initiative de l'acte. « Se laisser promettre », c'est, ou bien avoir exigé qu'on promette, ou bien avoir accepté qu'on promette. « Se faire promettre « ne comprend que la première des deux éventualités.

100. On a vu, également, que la même ressource de l'art. 138 se trouverait applicable lorsque l'exploitation résulterait de l'exercice même d'un droit, dès que cet exercice dût être considéré comme abusif. Car l'art. 138 n'exige aucune condition spéciale, de la part de celui qui profite de la gêne d'un autre; il suffit que l'acte émanant de lui soit contraire aux bonnes mœurs. Et, par là, se trouve introduit dans le nouveau système juridique allemand un principe excellent, susceptible de corriger les *Summæ injuriæ* du *Summum jus*. Il est certain, en effet, que, dans beaucoup de cas, l'idée que l'on se fait de la moralité, même dans son application au droit, n'admet pas que l'on aille jusqu'au bout de son droit. Si donc le

fait d'abuser de son droit donne lieu à un acte juridique que réprouvent les bonnes mœurs, cet acte sera nul; et il n'est pas indispensable, pour cela, que l'acte implique une exploitation d'autrui, ou qu'il contienne une lésion, au sens de la seconde disposition de l'art. 138. Car il faut bien rappeler que cette dernière n'est qu'une application du principe général du début du texte et qu'elle n'a pas pour but d'en soumettre l'application à des conditions nouvelles que la règle initiale ne comporte pas. L'art. 138, dans sa seconde disposition, signifie ceci : « Si un contrat est usuraire, en ce qu'il présente telles ou telles conditions, il sera forcément contraire aux bonnes mœurs ». Il ne veut pas dire qu'un contrat qui pût paraître un contrat abusif, en dehors des conditions spéciales ainsi énumérées, ne fût jamais susceptible d'être condamné par les bonnes mœurs, de telle sorte qu'il pût tomber sous l'application du principe général de l'art. 138, sans remplir les conditions spéciales de l'application qui en est faite par la seconde disposition du texte.

101. Seulement, il faut bien prendre garde à ce fait que, ce qui est annulé par l'art. 138, c'est l'acte juridique contraire aux bonnes mœurs; ce n'est pas l'acte résultant de l'exercice d'un droit, lorsque le fait ainsi réalisé n'est pas un acte juridique. Ainsi, le contrat obtenu sous la menace d'un procès, d'une déclaration de faillite, ou autres contraintes, même légitimes, de ce genre, est un acte juridique qui, suivant les cas, peut tomber sous le coup de l'art. 138. Mais l'emploi ou l'exercice que l'on fait, par exemple, de sa propriété, ne constitue pas un acte juridique. Si j'élève une construction à la limite de mon terrain, et cela dans des conditions qui la rendent absolument sans utilité pour moi, même au point de vue de l'agrément, de telle sorte qu'elle n'ait d'autre but que de nuire à mon voisin, ce n'est pas là un acte juridique qui puisse être annulé sur le fondement de l'art. 138.

102. Resterait à voir si ce même acte ne pourrait pas être considéré comme fait illicite, sur le terrain de l'art. 826; de telle sorte qu'il obligeât à réparation et entraînât la suppression matérielle de l'aménagement nuisible au voisin. C'est une question à examiner sur l'art. 826; mais disons, dès maintenant, que le principe, en tant que principe, est incontestable. Le projet présenté au Reichstag (art. 810 P[1]), lequel prévoyait l'acte dommageable, contraire aux bonnes mœurs, et le déclarait fait illicite, avait eu soin de réserver l'hypothèse où cet acte eût été l'exercice légal d'un droit. Cette réserve a été supprimée par la commission du Reichstag (*Ber.* 58), qui a considéré, avec raison, que tout exercice légal d'un droit n'en

est pas toujours un exercice légitime, et que, même, il cesse de l'être, dès qu'il se trouve condamné par les bonnes mœurs. (Cf., d'ailleurs, art. 226.)

103. Aussi, a-t-on cru inutile, vue la généralité du texte de l'art. 826, d'introduire une disposition spéciale, en matière de responsabilité délictuelle, visant le cas prévu par la seconde disposition de l'art. 138. On l'avait proposé, sans doute, devant la commission du Reichstag (*Ber.* p. 29 § 809 a). L'amendement présenté reproduisait ainsi une disposition de la loi de 1880, disposition rentrant parmi celles qui visent les conséquences civiles du contrat usuraire, et dont la première doit être d'obliger celui qui est l'auteur du délit à réparation. Mais on a fait remarquer, avec raison, qu'il était inutile de rappeler cette conséquence spéciale dans le Code civil, puisque, si le contrat est un contrat usuraire, aux termes du droit pénal, réparation est due par le fait même; et que, s'il n'est que contraire aux bonnes mœurs en vertu de l'art. 138, le débiteur est également protégé par la disposition de l'art. 826. Il est vrai que les lois relatives à l'usure prévoyaient le cas où un tiers, en connaissance de cause, se serait fait céder les bénéfices provenant du contrat usuraire, ou même la créance qui en résulterait; on le soumettait au même principe de responsabilité. Aussi voulait-on reproduire cette disposition dans le Code civil. Elle fut repoussée, comme inutile et dangereuse, à la fois : inutile, puisque, si le concessionnaire sait qu'il s'associe au dommage causé à la victime de l'usure, il s'associe au délit civil prévu par l'art. 826 et devient responsable au même titre; dangereuse, parce que le texte prévoyait, uniquement, le cas où le cessionnaire aurait eu connaissance du caractère usuraire du contrat, alors que cette connaissance ne suffit pas toujours à le rendre responsable, et qu'il faut qu'il se rende compte du dommage; or il n'en est pas toujours ainsi. On a cité l'exemple de celui qui se fait céder la créance, justement pour épargner au débiteur les poursuites qui le menacent et lui éviter, par suite, le dommage qui fût résulté pour lui du contrat. Aussi était-il préférable, sur tous ces points, de s'en remettre au droit commun du Code civil.

104. Le contrat étant nul, les prestations qui auraient été faites de ce chef ne pourront être répétées que sur le fondement de l'enrichissement sans cause (art. 817, 819, 821, 822); et, d'autre part, le débiteur aura droit à réparation d'après l'art. 826 (cf. Pl, p. 190).

105. Pour les mêmes raisons, la commission du Reichstag a cru devoir supprimer l'art. 3 de la loi de 1880 sur l'usure, tel

qu'il résultait de la nouvelle formule qui lui avait été donnée par la loi complémentaire de 1893 : c'était le texte visant les sanctions civiles. En tant qu'elles se trouvaient identiques à celles du droit commun, telles qu'elles viennent d'être rappelées, il était inutile d'en faire une application spéciale à l'usure, délit pénal; et, dans la mesure où ces dispositions de la loi de 1880 pouvaient s'écarter des dispositions analogues du droit civil, il n'y avait plus de raison de traiter, à ce point de vue, et s'agissant des conséquences civiles, le délit pénal d'usure, et le simple délit civil d'usure ou d'exploitation d'autrui, d'une façon différente. Ces dispositions se comprenaient en 1880, alors que le droit commun en matière d'usure, s'agissant des sanctions civiles, était un droit particulariste, auquel la loi de 1880 voulait échapper; elles ne se comprennent plus, du moment que ce droit commun s'est unifié. Or, parmi ces divergences, il y en a qui seraient inadmissibles; par exemple, d'après l'art. 3 § 3 de la loi de 1880, le droit à indemnité, donc l'action en réparation du débiteur, se prescrivait par cinq ans, à partir du jour de la prestation faite; d'après l'article 852, il se prescrit par trois ans, à partir du moment où la victime du dommage a eu connaissance, à la fois de la perte qu'elle subit et de la personne qui en soit responsable. Les dispositions de l'art. 852 sont plus rationnelles que celles établies par la loi de 1880; pourquoi laisser subsister celles-ci, lorsque l'usure eût constitué un délit pénal, et s'en tenir au droit commun de l'art. 852, lorsqu'elle eût donné lieu à un simpe délit civil? De là, l'art. 47 L. Intr., qui abroge l'art. 3 de la loi de 1880 (*Ber.*, p. 30).

Art. 139. — Lorsqu'une partie seulement d'un acte juridique est nulle, l'acte tout entier est nul, à moins qu'on ne doive admettre que l'acte aurait été tout aussi bien réalisé, même sans la partie qui se trouve nulle.

1. Avec l'art. 139, nous abordons la théorie des nullités; et l'on verra, sur l'art. 141, qu'il y en a de plusieurs sortes. Tout au moins, y en a-t-il deux catégories principales, nullité et annulabilité. Mais, en ce qui touche la règle d'interprétation de l'art. 139, elle s'applique aux deux espèces, par la bonne raison que même l'acte annulable, une fois l'annulation prononcée, est considéré comme nul, au point de vue des conséquences qui en dérivent. D'autre part, lorsqu'il s'agit d'annulabilité, on ne peut parler d'annuler l'acte, pour le tout, que lorsque l'annulation de la partie suspecte se trouve acquise; or, à ce moment annulabilité vaut nullité.

Voilà pourquoi il n'était pas incorrect, pour l'art. 139, de parler de nullité, bien qu'on ait eu l'intention formelle de viser les diverses catégories de nullités (cf. M. I. 222 et *Pr.* p. 134).

2. La règle de l'art. 139 suppose, comme condition préalable, qu'il s'agisse d'un acte complexe, formant, par l'effet de la volonté des parties, une unité juridique. Si une déclaration devait porter, à la fois, sur plusieurs actes juridiques distincts, il va de soi que la nullité des uns serait sans influence sur la validité des autres. Il y a donc, pour l'application de l'art. 139, une question préalable qui se pose, qui est celle de savoir quels éléments sont compris dans l'acte formant unité; ou encore, étant données plusieurs dispositions positives d'une déclaration de volonté, la question est de savoir si elles constituent, toutes, un seul et même acte, ou si elles en forment plusieurs.

3. La réponse à cette question ne doit pas être cherchée au-delà du contenu de la déclaration; et il en sera ainsi, même dans les cas dans lesquels la loi permettrait au juge, par voie d'exception, d'aller au delà du contenu juridique de l'acte, pour le reconstituer dans son unité réelle, comme au cas de l'art. 138. Mais cette dernière hypothèse constitue l'exception. Prenons d'abord le cas normal, celui qui constitue le droit commun, celui, par conséquent, dans lequel la loi oblige le juge à s'en tenir au contenu juridique de la déclaration, tel qu'il a été fixé par les parties.

Ainsi, par exemple, que l'on suppose une promesse unilatérale, et qu'il soit établi, d'autre part, que cette promesse n'est que le dédoublement d'un acte synallagmatique, mettons qu'il s'agisse d'une vente dont les deux contre-parties ont été données sous forme de déclarations abstraites, détachées l'une de l'autre, si l'une est annulable pour vice du consentement, tel que l'erreur, — et ce pourrait être la déclaration portant sur l'objet, — la nullité de cette partie n'influera pas, en principe, sur la validité de la déclaration unilatérale portant sur le prix. C'est que, s'agissant de deux déclarations distinctes, non seulement distinctes par la forme, mais par le fond, il y a forcément, au point de vue de la loi, deux actes distincts. La ressource sera donc, en pareil cas, dans la théorie de l'enrichissement sans cause.

4. Mais, ce qu'il importe de faire remarquer, c'est que la conclusion serait encore la même, dans les cas exceptionnels où la loi permet au juge de juger l'acte d'après son contenu réel, et non d'après son contenu juridique; et ce serait le cas de l'art. 138. Si, pour reprendre le même exemple, la déclaration relative à l'objet était, non plus annulable pour erreur, mais nulle pour objet illi-

cite, dans ce cas le juge a qualité, sans doute, pour rapprocher les deux éléments de l'acte en vue d'en reconstituer l'unité. Et, cependant, il serait encore inexact de dire que le juge doive considérer l'acte comme un seul et même acte juridique, sauf à lui appliquer la règle de l'art. 139, d'après laquelle, l'une des parties étant nulle, tout l'ensemble est nul. Il y a encore, juridiquement, deux actes distincts; la déclaration abstraite relative à l'objet sera nulle comme ayant un objet illicite, et l'autre sera nulle comme contraire aux bonnes mœurs, à raison de son but illicite (art. 138).

5. Il n'est pas indifférent, toutefois, d'opter pour l'un ou l'autre des deux raisonnements. Le premier, qui répondrait à la théorie de la cause du droit français, pourrait, en effet, conduire à ce résultat, au moins théorique, de permettre l'application de la réserve de l'art. 139, c'est-à-dire d'empêcher la nullité de l'acte total, s'il pouvait être admis que les intéressés eussent encore voulu le conclure, à supposer que la clause considérée comme nulle en fût supprimée. Cette éventualité n'est pas admissible dans l'exemple choisi, qui était celui d'une vente; car une vente sans objet ne serait pas une vente, et dans ce cas la réserve de l'art. 139 serait inapplicable. Pour qu'elle fût admissible en matière de contrat synallagmatique, il faudrait supposer la nullité portant sur une condition, et admettre que la volonté des parties eût été de la supposer non écrite, comme dans la présomption légale de l'art. 900 C. civ. fr. Au lieu d'une vente, on peut supposer une donation avec charge; et il est vraisemblable, lorsque la vente aura un objet illicite, qu'on lui donnera cette forme, afin de dissimuler la clause portant sur l'objet. Et, même, pour que l'exemple soit absolument exact, il faut prévoir qu'on ait voulu intentionnellement mettre la clause suspecte en dehors du contenu de la donation, et, par suite, réaliser cette dernière sous forme de promesse abstraite. Dans ce cas, le juge n'est pas autorisé, dans le système allemand qui ignore la théorie de la cause, à considérer que la clause illicite fasse partie du contenu de l'acte; il n'a pas le droit d'en conclure que, cette clause étant nulle, l'acte total est nul, d'après l'art. 139. Ce que le juge doit dire, et le raisonnement est tout différent, c'est que la promesse unilatérale, dont l'appréciation lui incombe, poursuit, en dehors de son contenu déclaré, un but illicite, et que cet acte est nul dans tous les cas, sans réserve ni restriction, par application de l'art. 138.

6. Le donateur ne pourrait pas soutenir que, s'il a tacitement imposé une charge illicite, c'était avec l'intention subsidiaire, dans le cas où cette charge serait, en effet, jugée illicite, de

maintenir la donation telle quelle, donc de tenir la clause pour non écrite; de telle sorte que la donation restât valable par application de l'art. 139 § 2. Il ne pourrait pas le soutenir, au moins sous cette forme, parce qu'il ne s'agit pas de savoir ce qu'il a voulu, subsidiairement ou éventuellement, mais d'apprécier si le mobile de l'acte rend celui-ci contraire aux bonnes mœurs. Or, l'intention de tenir une condition illicite pour non écrite ne suffit pas, en principe, pour enlever à l'acte, dont cette condition manifeste le but final, son caractère illicite.

7. D'autre part, les deux dispositions ont chacune un fondement absolument différent. L'art. 139 a pour base une recherche de volonté; il s'agit de donner satisfaction, de la façon la plus exacte, à l'intention des parties, et c'est ce qui explique la réserve de la seconde disposition du texte. L'art. 138, loin de chercher à réaliser une volonté, dans sa teneur la plus exacte, a pour but de donner satisfaction à la morale publique, précisément en lui sacrifiant la volonté. Ce sont deux points de vue radicalement opposés. Pour toutes ces raisons, il faut conclure en disant, lorsque l'élément illicite d'un acte, pris dans son unité psychologique, se trouve en dehors du contenu juridique de l'acte, que la nullité dérive, non pas de l'art. 139, mais du principe général de l'art. 138.

8. Il faut reconnaître, d'ailleurs, que, même si la clause illicite faisait partie du contenu, au moins tacite, de l'acte, et, par conséquent, en dehors de toute hypothèse de promesse abstraite, sur le terrain de l'art. 138, c'est-à-dire lorsqu'une clause partielle est nulle, comme contraire aux bonnes mœurs, il ne suffirait pas de l'intention de l'auteur de la déclaration de l'avoir tenue éventuellement comme non écrite, pour permettre l'application de la réserve de l'art. 139. Car, dans ce cas, il n'y a pas que la clause partielle qui soit nulle; il y a l'acte total qui tombe sous le coup de l'art. 138, à raison du but illicite que cette clause révèle; et l'intention, purement subsidiaire, de supprimer la clause suspecte ne suffit pas, au moins en principe, à enlever à l'acte total son caractère illicite. C'est ce que l'on verra, lorsqu'il sera question de la combinaison des règles comprises dans la réserve faite par l'art. 139 avec le principe de nullité de l'art. 138; et, peut-être, à ce point de vue, apercevra-t-on plus au juste qu'il n'est pas inutile de dire que la clause suspecte faisait encore partie ou non du contenu de l'acte, et que, par suite, le juge n'a pas le droit de rechercher les éléments constitutifs de l'unité d'un acte juridique en dehors du contenu de la déclaration.

9. Mais, si l'unité d'un acte juridique ne peut être cherchée que dans ce qui forme le contenu de la déclaration, il faut qu'il soit bien entendu que ce contenu comprend tout ce qui a été déclaré, donc les clauses tacites, tout aussi bien que celles données sous forme expresse, toutes réserves faites pour le cas d'acte solennel.

10. Quant au principe qui constitue la disposition principale de l'art. 139, il s'agit d'une règle d'interprétation de volonté, au sens ordinaire du mot, en ce que la loi considère que, dans l'intention des parties, tous les éléments d'un acte se tiennent, et que l'acte n'a été voulu que tel qu'il se présentait dans la déclaration, avec toutes les clauses qui s'y trouvaient comprises. Si l'une fait défaut, il est à présumer que l'acte qui subsiste, à supposer qu'il puisse subsister encore sans l'élément qui en a été retranché, — et il faut pour cela qu'il ne s'agisse pas d'un élément essentiel, — est un acte différent de celui qui a été voulu; et, par conséquent, on ne peut donner une valeur juridique à un acte qui, par sa nature, devrait émaner de la volonté, lorsqu'il est devenu manifeste qu'il n'en émane plus.

11. Partant de là, la loi devait encore donner plein effet à l'acte qui subsiste, et, par suite, à la volonté, s'il était à présumer que l'acte initial a pu être voulu, même sous réserve de la suppression de la clause frappée de nullité. Il ne faut pas dire que l'acte nouveau, qui subsiste, est présumé avoir été voulu, tel qu'il est, avec l'élément qui en est retranché. Cette façon de s'exprimer serait inexacte; car la loi n'a pas le droit, au moins par voie de présomption et d'interprétation de volonté, de substituer un acte à un autre. On ne peut pas présumer qu'à défaut de tel acte, les parties en auraient conclu tel autre : ce serait encore admettre qu'on donne une valeur juridique à un acte qui n'a pas été voulu. Sans doute, la loi peut le faire, et même le juge, comme on le verra sur l'art. 140, et comme on l'a déjà vu sur l'art. 133; mais il ne faut plus dire qu'on interprète ce qu'ont pu vouloir les parties. On substitue, en réalité, une volonté judiciaire ou légale à leur volonté juridique; on donne la préférence à leur volonté téléologique et à leur but économique. Mais, s'agissant ici d'une présomption de volonté et, par suite, de l'interprétation d'une volonté supposée existante, ce qu'il faut dire, c'est que c'est le même acte qui subsiste, donc un acte réellement voulu. Seulement, il subsiste avec un élément en moins. Or, si l'on peut admettre que les parties n'ont attaché à cet élément qu'une importance secondaire, en ce sens que, même à le supposer disparu, elles eussent

maintenu l'acte initial, cela revient à dire que cette suppression ne fait pas de l'acte qui subsiste un acte nouveau, substitué au premier. C'est le même acte juridique qui reste en vigueur, mais avec un élément en moins, élément auquel l'intention des parties est présumée n'avoir attaché qu'une valeur subsidiaire, au point de vue de son rattachement à l'acte total. Cet acte a été voulu, essentiellement, dans tous ses éléments, autres que celui frappé de nullité; et, pour ce qui est de ce dernier, voulu subsidiairement seulement, c'est-à-dire voulu dans la mesure uniquement où cet élément resterait valable.

12. S'il s'agit de contrat, on sait déjà que le mécanisme interne de l'acte fait que, très souvent, la nullité ne frappe que l'une des deux déclarations, par exemple au cas de vice du consentement, et que, cette déclaration étant annulée, l'autre se trouve rester isolée, ce qui empêche le concours des volontés. Le contrat est donc forcément nul pour le tout (art. 154). Cette dernière conséquence s'applique sans restriction ni réserve, lorsque la déclaration frappée de nullité est nulle pour le tout, en vertu de l'art. 139. Mais il peut se faire, par application de la seconde disposition de l'art. 139, que la nullité ne porte que sur un point secondaire de la déclaration, et que celle-ci doive être présumée subsistante. Il s'agit, par exemple, d'une offre comprenant une série de clauses, dont l'une est nulle; elle est nulle, on peut le supposer, comme portant sur un objet, non pas illicite, pour ne pas faire intervenir à nouveau l'art. 138, mais impossible. Et cependant l'auteur de l'offre est supposé n'avoir attaché à cette partie du contrat qu'une importance secondaire, de telle sorte que, pour ce qui est de l'offre, cette clause doit être présumée non écrite, et l'offre subsiste. Cela veut-il dire que, par application de la seconde disposition de l'art. 139, le contrat va subsister? On ne peut pas l'affirmer encore; car, s'agissant de contrat, il faut appliquer à la déclaration corrélative, qui est l'acceptation, la même règle d'interprétation que celle qui a inspiré l'art. 139; et cette règle d'interprétation, dans son application aux accords de volontés, se trouve reproduite dans l'art. 155. En d'autres termes, la déclaration de l'auteur de l'offre subsiste. Mais celle de l'acceptant se trouve annulée sur le même point que celui qui a disparu de l'offre primitive; car, sur ce point, puisqu'on le supprime, il n'y a pas eu accord de volonté. Sur ce point spécial, le consentement initial est censé non avenu. Or, il s'agit de savoir si l'acceptant, à son tour, aurait donné son consentement à l'offre qui lui était faite, si elle eût été allégée de l'élément qu'on en a retiré après coup. Aussi, faut-il, d'après

l'art. 155, lorsque le contrat est conclu, et que, sur l'un des points, il n'y ait pas eu accord de volontés, qu'il puisse être présumé, pour maintenir le contrat, que les parties eussent été d'accord pour le conclure, même tel qu'il est, c'est-à-dire en laissant de côté l'élément qui se trouve faire défaut. Cela revient à dire qu'il faut établir que l'élément frappé de nullité ait été considéré comme secondaire, et comme pouvant être éventuellement réputé non écrit, non seulement pour celui qui a pris l'initiative de l'acte, mais pour les deux contractants. Il y a donc, dans ce cas, une double preuve à faire, ou plutôt la même preuve à établir à l'égard des deux parties.

13. Cette preuve, qui est nécessaire pour combattre la présomption de nullité de l'art. 139, comme également celle de l'art. 155, incombe à celui qui prétend maintenir l'acte; car, à défaut de cette preuve, l'acte entier est présumé nul. Mais la preuve contraire peut être faite par tous les moyens, sans qu'il y ait à exiger de preuve expresse; car la présomption de nullité n'est, ici, pour employer le langage adopté, qu'une règle interprétative, et nullement dispositive (cf. Pl. I, p. 22 et *suprà* not. sur art. 133). Au cas de contrat, et en ce qui touche l'application de l'art. 155, le contrat est réellement conclu, contrairement à ce que présume l'art. 154, pour les hypothèses où le défaut de consentement sur l'un des points visés dans l'acte n'empêche pas qu'il existe déjà dans ses éléments essentiels. Dans ce cas, en effet, lorsque le contrat devait comprendre un certain nombre de clauses arrêtées d'avance, et qu'il est prouvé que sur l'une d'elles, tout au moins, les parties ne sont pas tombées d'accord, on présume qu'elles n'ont pas encore voulu conclure le contrat. Celui-ci reste à l'état de projet, sauf preuve contraire. Telle n'est pas l'hypothèse de l'art. 155 qui suppose le conclu; seulement, pour savoir s'il doit rester en vigueur avec une clause en moins, il faut établir que, dans la pensée des deux parties, cette clause eût été éventuellement considérée comme non essentielle, et comme pouvant être non écrite (cf. Pl. p. 202).

14. S'agissant de nullité, celle-ci peut se présenter, soit dans l'éventualité prévue par l'art. 154, soit dans celle de l'art. 155; mais ce dernier cas sera le plus fréquent. La nullité frappera la partie suspecte à l'insu des parties, qui avaient cru le contrat valable et l'avaient conclu comme tel. Et c'est alors que s'appliquera la règle interprétative de l'art. 155, en corrélation avec celle de l'art. 139, avec possibilité, dans les deux cas, de faire la preuve contraire.

15. Et c'est alors, aussi, qu'il importe de faire intervenir, comme on l'a déjà pressenti par ailleurs, le principe de l'art. 138, pour en

préciser la combinaison exacte avec la règle d'interprétation de volonté de l'art. 139. On a déjà vu que, même si la clause nulle comme illicite fait partie du contenu du contrat, il ne suffit pas d'établir que cette clause n'a, dans l'esprit des parties, qu'une valeur secondaire, et qu'elle pût être réputée non écrite, pour admettre, suivant la seconde disposition de l'art. 139, le maintien du contrat avec cette clause en moins. En général, il s'agira d'une condition; car, si cette clause, qui est supposée nulle, portait sur un élément essentiel, l'objet, par exemple, le contrat serait forcément nul pour le tout, sans que la question pût se poser au sujet de la réserve de l'art. 139. Il s'agit donc de savoir quelle est la position prise par le Code civil allemand au sujet de la présomption adoptée par l'art. 900 C. civ. fr., en matière de condition illicite. Le Code civil français présume, au moins en matière de donations, que le donateur eût préféré encore faire la donation sans la charge imposée; et, par suite, on répute celle-ci non écrite. Il est vrai que la jurisprudence distingue entre la condition et la cause, et admet, si la charge imposée était le but déterminant du contrat, que l'acte total sera nul, en vertu de l'art. 1133 C. civ. fr. En matière de contrats à titre onéreux, le droit français ne contient plus aucune présomption de ce genre.

16. Ce qui est certain, d'après le Code civil allemand, c'est que, ni, s'il s'agit de contrats à titre onéreux, ni, s'il s'agit de donations, il n'y a présomption que la condition nulle pût être réputée non écrite; l'art. 139 s'y oppose. C'est la présomption contraire qui l'emporte; mais cette présomption, elle-même, peut être détruite par la preuve contraire. Supposons donc cette preuve faite. Il est établi que la condition n'était qu'un but accessoire, et comme une superfétation, que les parties consentaient à laisser en dehors de leur convention, si la loi se refusait à la reconnaître. Va-t-on, dans ce cas, admettre la validité du contrat, pris dans ses éléments essentiels, lesquels, en soi, n'ont rien d'illicite? Ce serait l'application du second paragraphe de l'art. 139. Or, en principe, l'art. 138 s'y oppose à son tour. Mais il faut bien préciser comment, et dans quelle mesure, il s'y oppose.

17. Si la condition, en tant que charge du contrat, était illicite, c'est, en effet, que le motif du contrat, pris dans ses éléments principaux, était illicite; et cela suffit pour que l'art. 138 s'applique et qu'il écarte, par le fait même, la réserve admise par l'art. 139. Cela est d'autant plus nécessaire qu'une condition réputée non écrite, surtout s'il s'agit de donation, subsiste à l'état d'obligation morale, qui s'impose à la conscience du dona-

taire, et que, par suite, le maintien de la donation reste un moyen, au moins indirect, de procurer l'exécution de la clause déclarée nulle. Il est donc vrai de dire que celle-ci reste encore, non seulement dans la genèse psychologique de l'acte, mais dans sa réalité actuelle, le but du contrat lui-même, et que rien ne serait plus contraire aux bonnes mœurs que de maintenir un acte juridique qui fût un moyen indirect d'aboutir à un résultat scandaleux.

18. Y aurait-il à distinguer, à ce point de vue, comme la jurisprudence française a été amenée à le faire, sur l'art. 900 C. civ. fr., entre cause et condition? La question se pose sur l'art. 138; elle reviendrait à savoir si toute condition illicite rend toujours le contrat illicite. Or on a déjà vu, à ce point de vue, que le Code civil allemand, dégagé de la théorie, purement abstraite, de la cause, donne au juge des pouvoirs d'appréciation beaucoup plus larges que ceux dérivant de l'art. 1133 C. civ. fr. Il peut se faire, en effet, — et sous ce rapport la jurisprudence a établi une nuance et une distinction parfaitement exactes, — qu'une condition, apposée comme charge d'un acte, n'en soit pas le but déterminant, et qu'elle ne soit, au fond, que ce que la doctrine française appellerait un motif accessoire du contrat. Sans doute, il y a une théorie qui, repoussant toute distinction de ce genre, considère comme une cause de l'obligation tous les éléments volontairement compris dans le contenu du contrat, du moment que les parties leur ont attaché une valeur essentielle. Parmi les éléments introduits dans le contenu de l'acte, il n'y aurait plus jamais à distinguer entre cause et motif; la théorie de la cause ne servirait qu'à limiter ce qui est dans le contenu du contrat, par rapport à ce qui n'en est pas. Mais cette théorie, on l'a déjà vu, n'est pas celle de la jurisprudence, ni même de la majorité de la doctrine. Il y a donc des conditions qui pourront être considérées comme répondant à un motif accessoire, sans être un but déterminant; et dans ce cas, la jurisprudence française, liée par le texte de l'art. 900 C. civ. fr., est obligée de considérer une condition de ce genre, du moment qu'elle n'est plus une cause au sens de l'art. 1133 C. civ. fr., comme réputée non écrite et de maintenir l'acte.

19. Au point de vue du droit allemand, la question de maintien du contrat ne pourrait guère se poser que pour une condition de cette nature. Car, si elle répondait à ce que la jurisprudence française considère comme une cause, au sens de l'art. 1133 C. civ. fr., il serait difficile de présumer, d'autre part, qu'elle ne fût pas essentielle, et que les parties aient pu la réputer non

écrite, au sens de l'art. 139 § 2; de sorte que, tant sur le terrain de l'art. 139 § 2 que sur celui de l'art. 138, le contrat serait déjà nul pour le tout.

20. Donc, la question ne se pose guère, en droit allemand, que pour ces conditions que la jurisprudence française, au moins en matière de donation, se voit obligée d'annuler, tout en maintenant le contrat. Or, ces conditions, bien qu'elles ne révèlent qu'un motif accessoire, au sens du droit français, répondent cependant à un but, si accessoire qu'il soit dans l'esprit des parties, dont le maintien de l'acte peut faciliter la réalisation; et ce but est illicite. L'acte ainsi maintenu n'en reste pas moins un moyen indirect de provoquer un résultat prohibé, et l'art. 138 s'appliquera. On sait que l'on peut s'appuyer, pour l'application de l'art. 138, aussi bien sur l'immoralité du motif, au sens étroit du mot, que sur celle de ce que le droit français appellerait une cause proprement dite.

21. Pour qu'il pût y avoir hésitation, il faudrait donc supposer une condition ne répondant ni à une cause ni à un motif, mais visant une simple éventualité étrangère à toute influence, et à plus forte raison à toute participation, des parties contractantes. Et, dans ce cas, il ne s'agirait plus d'une charge, mais d'une simple condition suspensive ou résolutoire. Par exemple, on peut supposer une donation qui ne sera parfaite que si tel événement, en soi illicite, se produit; ou, à l'inverse, on pourrait la déclarer comme devant être résolue, si tel fait exigé par la loi ou par les bonnes mœurs se réalise. S'il n'y a là qu'une simple éventualité, et que, dans le premier cas, le fait de la donation ne puisse influer en rien sur l'accomplissement de l'acte prévu, et que, dans le second, il ne puisse avoir aucun effet sur l'inexécution de l'acte supposé, inexécution qui serait, en effet, une violation des bonnes mœurs, il faut convenir que la question risquera fort peu de se poser. Car, dans la plupart des cas, des conditions de ce genre cesseront, elles-mêmes, d'être illicites. De sorte que, en droit allemand, on peut, à peu près sûrement, poser en principe que toute condition vraiment illicite fera de l'acte, tout entier, un acte qui choque les bonnes mœurs, et nul d'après l'art. 138; c'est la condamnation absolue de la règle de l'art. 900 C. civ. fr., non seulement en tant qu'elle établit une présomption de volonté, mais en tant qu'elle permettrait le maintien du contrat, d'accord avec la volonté des parties de réputer la clause non écrite.

22. Ce qui fait le caractère illicite d'une condition, c'est l'intention, ou tout au moins le vœu, d'un résultat illicite à réaliser; toute condition qui implique une intention, ou un vœu de ce

genre, est contraire aux bonnes mœurs et rend le contrat tout entier contraire aux bonnes mœurs. Reste à prévoir le cas où une condition, sans être une simple prévision d'éventualité, ne contiendrait cependant ni vœu ni intention qui ait pour objet le résultat illicite, expressément prévu; et c'est dans cette direction que l'on se trouve ramené à l'application possible de l'exception admise par l'art. 139.

23. On peut supposer, en effet, s'agissant de donation avec charge, que le donateur entende considérer la clause comme non écrite, si le donataire en reconnait le caractère illicite et se refuse à l'accomplir; nous ne sommes pas encore au point où l'art. 138 cesse de recevoir son application. Car si le donateur n'entend pas exiger l'exécution de la charge imposée, ce qui supprime peut-être l'intention, il espère que le donataire ne s'y refusera pas, ce qui laisse subsister le vœu; et cela suffit pour rendre le contrat illicite. Mais, allant plus loin, on peut imaginer que le donateur ignore le caractère illicite de l'acte, et cependant qu'on doive présumer, d'après l'art. 139 § 2, que, s'il eût prévu cette éventualité et la nullité qui dût en résulter, il eût encore maintenu sa donation. La clause, dans sa pensée, était donc purement accessoire et devait être réputée non écrite. Nous sommes au point exact où l'art. 139 § 2 peut devenir applicable. La condition cependant n'est plus une simple prévision d'éventualité; elle implique encore un motif, motif purement accessoire, il est vrai, mais qui, à un point de vue tout objectif, se trouve illicite ou contraire aux mœurs. Seulement, ce caractère était ignoré de l'auteur de la déclaration; et il y a présomption que, s'il s'en fût rendu compte, il eût renoncé à la clause proposée, sans pourtant renoncer à la donation. Donc, il n'y a, au fond, ni vœu ni intention de concourir à un résultat illicite; et il s'agit de savoir si la pureté de l'intention suffit à écarter le caractère illicite de l'acte, ou si, au point de vue des mœurs, il suffit de l'apparence illicite. On pourrait être tenté de le soutenir; car le point de vue, en pareille matière, est tout différent, on l'a déjà vu, de celui du droit pénal. Il ne s'agit pas d'une question de responsabilité, mais d'une question de bonnes mœurs; et il suffit de la matérialité du fait, en dehors de toute recherche d'intention, pour qu'il y ait atteinte aux bonnes mœurs. On pourrait donc vouloir prétendre que le contrat, dans son entier, reste encore illicite et nul pour le tout.

24. Tel ne paraît pas être, cependant, le point de vue de l'art. 138; car, s'il suffisait de s'en tenir aux apparences, le juge n'aurait pas à rechercher le motif dès qu'il reste en dehors de la déclara-

tion. Tout au plus, devrait-il avoir le droit de s'enquérir de la cause, au sens du droit français, sans aller au-delà : les apparences seraient sauves. Au lieu de cela, on a voulu donner au juge le droit de reconstituer la volonté vraie dans toute son unité et sa complexité, donc d'atteindre même un motif dissimulé, pourvu, toutefois, qu'il ne fût pas à l'état purement interne et qu'il eût été l'objet d'une manifestation qui le révélât à l'extérieur, cette manifestation dût-elle se tirer uniquement des circonstances de la cause. A l'inverse, si les apparences sont contraires aux bonnes mœurs, à raison du but poursuivi, le juge doit avoir le droit de rétablir la légitimité de l'intention, pourvu, également, que cette légitimité, et par suite cette erreur du caractère de l'acte, ne fût pas restée un phénomène psychologique purement interne, pourvu, par conséquent, qu'elle se traduisît par une manifestation extérieure, fût-elle tacite et tirée des circonstances de la cause, et que cette manifestation de volonté permît de constituer à l'acte une apparence réelle, contraire à l'apparence formelle qui ressortait de la déclaration. Il ne s'agit pas, sans doute, d'une question de responsabilité, mais de la détermination de ce que l'on doit entendre par le but illicite d'un acte. Or ce qui, au point de vue des mœurs, rend le contrat choquant, ce n'est pas la matérialité du but, c'est la volonté de l'atteindre; si cette volonté fait défaut, et que, d'autre part, cette matérialité soit supprimée, par suite de la nullité même de la clause qui s'y référait, les mœurs sont satisfaites. Le contrat, à le supposer valable pour le reste, devient un contrat licite.

25. Si donc la clause, ainsi déclarée nulle, eût été telle que celui de qui elle émane l'eût considérée comme essentielle, tout est nul; si elle n'était qu'accessoire, elle sera réputée non écrite, en vertu du second paragraphe de l'art. 139. Et ce n'est pas là une exception à la règle que toute condition illicite rend le contrat illicite; car il vient d'être établi que la condition, prise au point de vue subjectif, n'était plus illicite.

26. Seulement, si tout ce mécanisme fonctionne très simplement, lorsque la clause, ainsi annulée, faisait partie du contenu de la déclaration, il n'en va plus tout à fait ainsi, dans le cas contraire, au cas, par conséquent, de promesse abstraite. La difficulté ne se présente pas, cette fois, lorsque la clause n'était que secondaire; car, en vertu du caractère abstrait du contrat, elle lui reste étrangère. Il n'y aurait à la prendre en considération que si elle fût contraire aux mœurs, en vue de l'application de l'art. 138; mais il vient d'être admis, par hypothèse, que ce caractère d'im-

moralité lui avait été enlevé. Mais, lorsque la clause était, dans l'esprit des parties, un élément essentiel de l'acte, c'est alors, puisqu'il y a eu erreur sur le caractère du motif, que l'acte devrait tomber; en droit français, on dirait qu'il y a erreur sur la cause. Ce ne serait plus l'hypothèse de la cause illicite, — elle n'est plus illicite, — mais de la cause erronée. En droit allemand, s'agissant de contrat abstrait, l'acte reste valable indépendamment de sa cause; il ne pourrait être nul que si cette dernière le rendait contraire aux mœurs, ce qui n'est pas, on l'a démontré. Il n'y aurait donc, ici encore, d'autre ressource que la théorie de l'enrichissement sans cause; et c'est à ce point de vue qu'il est utile de constater que la clause suspecte ne faisait pas partie du contenu de l'acte. C'est que celui-ci, malgré la disparition du but qu'il avait en vue, reste valable, et que la partie intéressée n'a de recours qu'en vertu des règles sur l'enrichissement sans cause.

Art. 140. — Lorsqu'un acte juridique nul se trouve satisfaire aux conditions de validité d'un autre acte juridique, ce dernier entre en vigueur, lorsqu'il y a lieu d'admettre que, si l'on eût connu la nullité, cette substitution eût été voulue.

1. Le problème visé par l'art. 140 se distingue de celui prévu par l'art. 139, en ce que la nullité n'atteint pas seulement une partie accessoire d'un acte juridique, pour laisser subsister ce dernier dans ses éléments spécifiques; mais en ce qu'elle enlève à l'acte initial son caractère spécifique comme tel, sauf à permettre de reconstruire avec les éléments, non frappés de nullité, un acte juridique, différent du premier. Dans ce cas, il eût été vrai de dire que cet acte nouveau n'a pas été l'objet, ni de la volonté, ni même des prévisions, des parties; et que le juge, en le substituant au premier, ne peut pas prétendre présumer ce que les parties peuvent avoir voulu, mais ce qu'elles auraient, sans doute, voulu, si elles eussent prévu la nullité. Il semble bien que cette substitution eût dépassé alors les pouvoirs d'interprétation du juge, en tant qu'on voudrait les limiter à une recherche de volonté réelle. Or, c'est, précisément, pour écarter cette méthode étroite d'interprétation, que le Code civil a tenu à formuler sur ce point une disposition qui, s'il n'y avait eu le risque de se heurter à une opposition d'école, eût été parfaitement inutile, mais qui devient, précisément à cause de cela, d'une importance doctrinale considérable. Car elle confirme toute la portée que l'on doive

donner, et telle qu'elle a été donnée plus haut, à la règle d'interprétation de l'art. 133. Le Code civil, en effet, ne présente pas l'application faite à l'espèce ici prévue, telle qu'elle est décrite dans l'art. 140, comme une dérogation aux principes, et comme une extension exceptionnelle des pouvoirs d'interprétation de l'art. 133, mais comme une conséquence naturelle des règles qui s'y trouvent posées, et par suite comme une indication fournie au juge du rôle qui lui incombe.

2. On a eu grand soin, en effet, de préciser, dans le texte nouveau (cf. art. 111 P[1] et art. 111 P[2], *Pr.* p. 126-127), que, pour permettre cette conversion d'un acte en un autre, qui en diffère par ses caractères spécifiques, il n'était nullement nécessaire que les parties pussent avoir prévu cette substitution, mais qu'il suffisait qu'il y eût chance qu'elles l'eussent admises, si elles l'avaient prévue. C'est donc bien, dans ce cas, le juge qui refait, au lieu et place des parties, un acte qu'elles avaient mal conçu au point de vue juridique. Et le motif donné de ce pouvoir attribué au juge, motif qui ouvre un jour tout nouveau sur le principe d'interprétation du Code civil, est qu'il faut s'attacher, en matière d'interprétation des actes privés, moins au but juridique, qui n'est qu'une forme et un moyen de technique spéciale, qu'au but économique poursuivi. Si l'acte nouveau, auquel le premier se trouve répondre, est de nature à remplir le but économique que poursuivaient les parties, et tel qu'il se révèle par l'acte initial qu'elles avaient eu en vue, il est à présumer que, mieux informées, elles eussent donné à leur volonté juridique la forme de ce second acte, inclus dans le premier, si elles avaient prévu la nullité du premier.

3. Il est vrai que les conditions, strictement prévues par l'art. 140, sont, tout d'abord, la nullité de l'acte, sous sa forme initiale, et la réunion, sous le contenu du premier, des éléments constitutifs d'un acte juridique, tout différent par ses caractères spécifiques, mais susceptible de répondre au même but. Que l'on suppose, par exemple, une vente dont l'objet soit d'une valeur très inférieure par rapport au prix, et qu'il ait été établi que l'acheteur voulait, par là, conférer un avantage gratuit au vendeur, si la vente est nulle, à raison de l'objet, et que, d'autre part, elle eût été faite par acte judiciaire ou notarié (art. 518), on peut admettre que la donation reste valable, tout au moins pour la partie du prix, qui excédait la valeur de l'objet. De même, Planck (p. 191) suppose qu'un mineur ait fait un contrat d'institution d'héritier qui se trouve nul, comme fait par un incapable (art. 2275). Or, ajoute-t-il, il

pourra être admis, suivant les circonstances, que l'acte doive valoir comme testament (art. 2229). Et il en sera ainsi, reprend Cosack, lorsque l'institution d'héritier n'était pas réciproque. Lorsque quelqu'un, en effet, consent à instituer un héritier par un acte irrévocable, un contrat, à plus forte raison doit-il être censé avoir voulu l'instituer par un acte révocable, un testament : l'un contient l'autre (Cos., p. 155). On verra, de ses différents principes, un autre exemple intéressant dans Regelsberger (*Pand.*, I, 638).

4. Tout ceci revient à dire que le juge doit s'attacher, avant tout, au but pourvuivi, indépendamment du procédé technique employé pour le réaliser; le procédé technique échappe, en effet, le plus souvent, à la compétence des intéressés. Ils en ignorent la portée ou les effets spéciaux; sans doute, ils s'en remettent, le plus souvent, à un homme d'affaires, qui est censé avoir traduit leurs volontés au moyen des formes juridiques les plus propres à les réaliser. Mais précisément, si le procédé ainsi employé se trouve inefficace et aboutit à une nullité, il ne faut pas que la volonté téléologique des parties se trouve, à raison de ce fait accidentel, dépourvue d'efficacité. Le juge doit, en quelque sorte, refaire l'acte, tel que les parties auraient dû le faire; au moins lorsque les éléments de l'acte nouveau, qui va être substitué au premier, se retrouvent dans le contenu du premier. Et par là, s'affirme la fonction que nous avons reconnue au juge, dans l'art. 133, d'être l'auxiliaire des parties, en vue de la réalisation du but final qu'elles poursuivent. Il est donc, par lui-même, non seulement l'interprète de leurs volontés, telles qu'elles ont été données, mais telles qu'elles auraient dû l'être; cela revient à dire qu'il doit s'attacher au but commun qu'elles poursuivent, plutôt qu'aux formes et procédés employés.

5. Toute cette application, faite par la loi à l'espèce prévue par l'art. 140, confirme donc, en l'illustrant par un exemple, le pouvoir supplétif que nous avons reconnu au juge sur l'art. 133.

6. Mais, d'autre part, ne va-t-elle pas à l'encontre des principes de limitation, qui résultent de la théorie de la déclaration, tels qu'ils ont été exposés sur ce même art. 133? Le juge, y était-il dit, est lié et limité par la déclaration. Il ne peut substituer, à ce qui a été voulu, ce qui aurait dû l'être; et, si les parties se sont trompées de procédé, il ne peut substituer une nouvelle déclaration fictive à la leur.

7. Sur ce point encore, l'art. 140 vient, au contraire, éclairer et préciser ce qu'il faut entendre par ces limites interprétatives de la déclaration et par cette formule que la volonté, dont le juge

devra procurer l'application et qu'il devra faire exécuter, est uniquement la volonté révélée, ou plutôt incluse, dans le contenu de la déclaration. Formule absolument juste, et de laquelle il n'y a rien à retrancher, si l'on veut maintenir les garanties du crédit et de la loyauté, en matière de transactions. Seulement, l'art. 140 nous apprend que la volonté à laquelle le juge doit ainsi donner satisfaction, dans la mesure où elle ressort de la déclaration, est, non pas la volonté juridique, dirigée vers tel procédé technique, mais la volonté économique, ou plutôt téléologique, des parties, dirigée vers tel but final, pour lequel l'acte contenu dans la déclaration n'était qu'un instrument de réalisation.

8. Or cette volonté téléologique, d'après les conditions de l'art. 140, se révèle précisément par la fonction normale, fonction économique ou autre, de l'acte juridique choisi par les parties; donc elle ressort de la déclaration. D'autre part, l'acte substitué au premier était, lui-même, implicitement contenu dans la déclaration. A ce double titre, la conversion, ainsi permise au juge, se trouve réalisée sur le fondement de la déclaration et avec les éléments téléologiques, ou juridiques, empruntés à son contenu lui-même.

9. On pourrait supposer, au contraire, que l'une des deux conditions indiquées par l'art. 140 se trouvât faire défaut. Par exemple, le contenu de l'acte annulé ne fournit pas les éléments d'un second acte ayant même fonction économique; le juge pourrait-il, s'emparant de la volonté téléologique des parties, révélée par la déclaration initiale et par l'acte juridique frappé de nullité, substituer de sa propre initiative un acte, ou un procédé nouveau, destiné à réaliser le but poursuivi?

10. En principe, il faut répondre non; et par là se trouve respectée la formule, précédemment donnée, sur les limites interprétatives, provenant du contenu de la déclaration. Dans l'espèce prévue par l'art. 140, chacun des éléments de l'acte substitué au premier, pris isolément, avait, en effet, été voulu et fait l'objet d'une déclaration venant de la partie en cause. Seulement ces éléments n'avaient pas été envisagés par elle comme devant former, par leur réunion, tel acte juridique, que la technique du droit puisse arriver à découvrir dans la déclaration qui les contient. Peu importe; si cet acte répond au but révélé par l'acte initial, c'est-à-dire par la volonté téléologique ainsi déclarée, et si d'autre part ce but peut être atteint au moyen d'éléments qui, chacun pris isolément, a été voulu et déclaré, il n'y a plus de raison pour ne pas donner à la volonté téléologique des parties

une forme juridique empruntée à leur propre déclaration, et dont tous les éléments ont été juridiquement fournis par elle.

11. Ainsi, par exemple, que l'on suppose une fourniture de denrées alimentaires, faite dans des conditions telles que le fournisseur sache qu'il ait à pourvoir au ravitaillement d'un certain groupe d'individus, mais dont l'objet cependant ait été spécifié par la déclaration, sans qu'aucune fourniture subsidiaire ait été prévue. Si cet objet se trouvait être prohibé, parce qu'il s'agissait par exemple d'une marchandise dont l'importation fût défendue, et que la vente fût nulle de ce chef, le juge pourrait-il, se fondant sur le but final des parties, obliger le vendeur à substituer une fourniture analogue à la première? Dans ce cas, les éléments de la seconde vente n'apparaissent pas dans le contenu de la déclaration; la volonté téléologique s'y trouve révélée, mais les éléments du procédé technique substitué au premier ne s'y trouvent plus. Le juge pourra-t-il les y introduire d'office?

12. Comme réponse générale, et en tant que principe, il faut en revenir à dire qu'il n'est pas indispensable, sans doute, que la volonté téléologique des parties, telle qu'elle résulte de la déclaration, se réalise sous la dénomination spécifique de l'acte formel désigné dans la déclaration, mais qu'il faut, pour cela, qu'elle se réalise avec des éléments juridiques réellement voulus et contenus dans la déclaration. C'est que, s'il en était autrement, on en arriverait à sacrifier les intérêts légitimes de ceux qui ont pu compter sur la volonté exprimée dans l'acte, sans prévoir les modifications qui peuvent y être apportées.

13. Seulement, ce principe un peu rigoureux, au premier abord, trouve, lui-même, sa correction dans les larges pouvoirs donnés au juge pour l'interprétation de la déclaration. Ainsi, pour reprendre l'exemple choisi, il pourra très bien se faire, si les deux parties étaient au courant du but poursuivi, fournitures d'entretien ou de ravitaillement, que le juge considère la spécification des fournitures indiquées au contrat comme n'exprimant qu'une simple préférence, de telle sorte qu'il eût été tacitement convenu qu'à défaut de l'objet spécifié, le ravitaillement serait fait en denrées d'autre espèce. Et enfin, même s'il était prouvé que le vendeur n'eût pas entendu la chose ainsi, pourvu que le tribunal juge, au point de vue des usages et de la loyauté, qu'il aurait dû l'entendre ainsi, et qu'il est en faute d'avoir mal interprété le contrat, on sait que ses pouvoirs vont jusqu'à imposer cette interprétation, en tant qu'elle répond à l'interprétation moyenne que tout homme de bonne foi aurait dû faire d'après

les circonstances. Seulement, il ne s'agit encore que de l'interprétation de la déclaration, en tant qu'elle exprime ce qui a été voulu ou ce qui est censé l'avoir été; l'objet nouveau, substitué au premier, sera censé avoir fait partie du contenu réel de la déclaration et, par suite, comme ayant fait partie de la première vente, à titre subsidiaire. Il n'y a pas conversion, il n'y p pas substitution d'un marché à un autre. Ce n'est plus l'opération judiciaire révélée et permise par l'art. 140.

14. Si, au contraire, il était établi, ce qui est cette fois l'hypothèse exacte prévue par l'art. 140, qu'aucune des parties n'a entendu prévoir cette substitution d'objet, et que dans leur pensée c'était une spécialisation limitative de l'objet, même si le juge considère que l'acheteur n'eût pas manqué d'imposer une substitution d'objet s'il eût prévu la nullité du marché, il ne sera pas permis d'opérer la conversion. C'est que les éléments de l'objet substitué ne se trouveraient pas avoir été voulus, ni compris, dans la déclaration. Ni de près, ni de loin, ils ne peuvent être considérés comme faisant partie, même à l'état isolé, du contenu de la volonté. Ce serait bâtir de toutes pièces une vente nouvelle; le juge fournirait à la volonté téléologique des parties un procédé de technique dont aucun des éléments n'eût été voulu ni déclaré par elles.

15. A plus forte raison, en serait-il ainsi, si ce fût la première condition de l'art. 140 qui vînt à manquer, et que, par suite, l'acte formel ne fût pas nul, mais que l'on pût établir que les parties ont mal choisi leurs procédés, et que leur but eût été mieux atteint par tout autre procédé dont les éléments constructifs fussent, au besoin, compris dans le contenu de leur déclaration, ainsi un testament inclus dans un contrat d'institution d'héritier : le juge ne peut substituer l'un à l'autre. Seulement, il peut se faire que, par voie d'interprétation, il juge qu'il y a eu erreur dans la désignations de l'acte, ou encore qu'il y a équivoque sur celui des deux actes inclus dans la déclaration qui eût été réellement voulu, et que son interprétation, dans ce cas, se laisse diriger par celui des deux qui répond le mieux au but des parties. Mais ce sont là pures questions d'interprétation, sans autre procédé de conversion ou de substitution d'un acte à un autre.

16. Il faut, en effet, avoir toujours à l'esprit les règles posées sur l'art. 133, à savoir que le pouvoir d'interptétation du juge ne répond pas à la conception d'une recherche de la volonté vraie; qu'il a pour but, non pas d'exécuter à la lettre ce qui a été réellement voulu, mais de rechercher les moyens de faire appliquer la

déclaration, de façon à ce qu'elle réponde à son but final et que, d'autre part, elle se concilie avec les usages et la bonne foi. Or, tout procédé de conversion, ou de substitution, d'un acte à un autre risque de tromper les tiers; et, par suite, s'il s'agit de contrat, de surprendre l'une des deux parties et de lui nuire. Rien de plus conforme à la bonne foi que de l'admettre, si toutes deux l'ont prévue ou qu'elles aient dû la prévoir; cela devient une clause subsidiaire du contrat, admise au besoin par voie d'interprétation. Mais si elles n'ont, ni dû, ni pu, la prévoir, il faut, pour qu'elle soit possible, non seulement qu'il soit présumé qu'elle ait été admise si elle avait été prévue, mais que les éléments juridiques du nouveau contrat aient déjà été voulus et stipulés, à l'état isolé, dans le premier. C'est qu'en effet, si l'on se contentait de la présomption d'une admissibilité de conversion, à supposer la prévision, on s'exposerait à ce que les éléments matériels du nouveau contrat, si, en fait, ils n'ont pas été voulus ni stipulés, pussent donner lieu à des prestations qui aggravent la situation de l'une des parties; pour que cette aggraxation du contrat ne risque pas de se produire, il importe que le second contrat se construise avec des clauses du premier. Il est vrai que, même dans ces limites, les partisans d'une recherche pure et simple de volonté auraient pu protester contre cette substitution d'une volonté fictive à la volonté réelle; et c'est alors qu'il faut faire intervenir la notion du pouvoir suppletif du juge, dont l'art. 140 n'est qu'une application particulière. Et ainsi se concilient, sur le terrain des art. 140 et 133 combinés, à la fois le système de la déclaration et celui des pouvoirs supplétifs du juge.

17. En mettant à part toute question relative aux pouvoirs du juge, il aurait pu sembler aussi que cette possibilité de substitution se fût heurtée à la stricte logique du raisonnement juridique, de sorte qu'à ce point de vue encore, un texte était nécessaire, C'est que, dans le cas prévu par l'art. 140, l'acte est nul tout entier. Ce n'est plus comme au cas de l'art. 139, où, sauf s'il y a atteinte aux mœurs, la nullité, prise du point de vue objectif, ne frappe qu'une clause, ou une partie détachée, et considérée séparément, et non l'acte total. L'acte n'est annulé dans sa totalité que du point de vue subjectif, en tenant compte de la volonté, qui est présumée avoir relié chaque partie au tout. Aussi, la même volonté peut être présumée avoir admis le détachement éventuel de certaines parties accessoires, par rapport à l'ensemble; et, si ce défaut de rattachement au tout a été voulu, l'acte n'est nul que dans ses parties, et, par suite, la nullité n'atteint pas les éléments

qui en subsistent. Il n'en va plus de même lorsque c'est l'acte, pris dans ses éléments essentiels, qui est frappé par la loi, par exemple un acte annulé pour défaut de formes, lorsque celles-ci se trouvaient requises : l'acte tombe tout entier; il est sans effets. Comment donc, de cette nullité totale, sauver encore quelques débris, pour leur donner effet, et, par suite, comment faire encore produire effet à un acte nul? Telle eût été l'objection.

18. On sait, cependant, que la nullité, ou l'annulabilité, n'ont pas empêché les actes annulés, ou même nuls, de produire certains effets de droit, s'agissant, précisément, de résultats juridiques qui n'étaient plus ceux que l'acte avait en vue, par exemple au cas de dommages-intérêts pour nullité de contrat (art. 122 et art. 307); et également en ce qui touche la confirmation en matière de contrats nuls, dans la mesure où l'art. 141 § 2 lui donne une certaine rétroactivité. On pourrait donc, s'appuyant sur ces exemples, en conclure que la conversion d'un acte nul en un acte valable n'est pas autre chose qu'une application nouvelle de la même idée, d'après laquelle la nullité n'empêche pas un acte d'avoir existé comme fait matériel, et n'empêche pas que ce fait matériel ait pu entraîner certaine responsabilité juridique, qui doive se traduire par des effets de droit. Ce sont ces effets de droit que la loi ait à préciser et à reconnaître, en dépit de la nullité. Les pouvoirs donnés au juge, de tirer d'un acte nul un acte valable qui lie les parties, sont un des effets de ce genre, fondés sur les conséquences objectives d'un fait matériel, introduit dans la sphère du droit.

19. Indépendamment de cette explication, on peut ajouter que, si la nullité enlève à la volonté des parties ses effets de droit, elle ne peut supprimer cette volonté elle-même et faire qu'elle n'ait pas existé. Cette suppression des effets juridiques, voulus par les parties, n'est donc indispensable, sauf là où c'est la volonté elle-même, dans son but, qui est illicite (art. 138), que dans la mesure où cette volonté allait contre les intentions de la loi. Il suffisait, pour cela, de tenir pour non avenu l'acte que la loi condamne; mais, quant à la déclaration de volonté, elle subsiste, sinon comme acte juridique, mais comme fait juridique, comme fait voulu en vue d'une valeur juridique, et destiné à produire des effets de droit. Il n'est donc pas contradictoire avec la théorie de la nullité de lui rattacher certains résultats juridiques, qui n'aient pas pour conséquence de compromettre le but poursuivi par la loi en annulant l'acte principal, du moment que ces résultats puissent concorder avec la volonté exprimée par les

parties et se présenter comme une résultante normale de leurs déclarations. C'est ce qu'admet la loi dans l'art. 140. Ce qui était l'objectif direct de la déclaration, en tant que valeur juridique, est supprimé par la loi. Mais il reste un fait juridique, un acte de volonté, destiné à produire des effets de droit. Si le juge peut en tirer des effets qui soient compatibles, tant avec la nullité de l'acte qu'avec la volonté des parties, il aura ainsi donné satisfaction au but que celles-ci poursuivaient, dans toute la mesure conciliable avec le but supérieur visé par la loi. Et cette conciliation est comme l'essence même de la justice sociale.

20. Reste à faire observer que la conversion prévue et permise par l'art. 140 se concilie fort bien, à supposer une nullité pour acte illicite, avec le principe de l'art. 138, et confirme, d'autre part, l'une des règles d'appréciation déjà indiquées sur ce point. L'art. 140 suppose, en effet, que les parties n'avaient pas prévu la nullité de l'acte. Car il est dit que le juge recherchera ce qu'aurait dû être leur volonté si elles eussent connu cette nullité. Si, en effet, elles eussent connu, ou prévu, la nullité, il n'y aurait plus à parler de conversion, ou de substitution, d'un acte, non formellement voulu, à celui qui formait l'objet de la déclaration. Les parties, dans ce cas, auraient forcément tiré de cette prévision, et pour l'éventualité de la nullité, les conséquences spéciales qui dussent être admises par elles à la suite de l'annulation, soit le retour au *statu quo ante* et à l'état de choses antérieur, soit la substitution de tel acte valable à l'acte nul; et ces prévisions subsidiaires auraient dû rentrer dans le contenu de la déclaration et faire partie de la volonté réellement émise. Le juge n'aurait plus qu'à rechercher, par voie d'interprétation, ce qu'a été cette volonté, ou ce qu'elle a dû être. Ce serait là une question de recherche de volonté ou d'interprétation du contenu de la déclaration, indépendamment de tout pouvoir supplétif du juge, et de toute question de conversion proprement dite; ce n'est plus l'hypothèse pour laquelle l'art. 140 est fait.

21. Donc, dans l'hypothèse spéciale de l'art. 140, les parties, si l'on suppose une nullité pour acte illicite, n'ont pas prévu le caractère illicite de l'acte; et, par suite, ce dernier cesse d'être contraire aux bonnes mœurs, au moins par son but réel et son côté subjectif. Il n'est illicite que dans son objectivité, et non dans l'intention des parties. Or, ce qu'il y a d'objectivement illicite dans l'acte va disparaître, puisque l'acte tombe de ce chef; mais, si, avec ses débris, on peut reconstruire un acte qui soit licite dans sa matérialité, le but des parties étant lui-même licite,

l'art. 138 ne s'oppose plus à la validité de l'acte nouveau. Et cela confirme l'opinion exposée sur l'art. 139, d'après laquelle, dès que l'objectivité illicite d'un acte a disparu, si celui-ci, par ses éléments subjectifs, n'était pas illicite, il reste parfaitement valable dans ses éléments qui subsistent. Ce principe s'appliquera à la conversion : l'acte nouveau, dans sa matérialité, était licite; le but des parties, pris en soi et subjectivement, n'avait rien de contraire aux mœurs, donc l'art. 138 est hors de cause.

22. Il n'en serait pas de même, sans doute, si les parties eussent prévu la nullité, ce qui n'est plus, on vient de le voir, l'hypothèse visée par l'art. 140. Subsidiairement, elles eussent accepté la substitution pour le cas de nullité. Ainsi, par exemple, au cas de vente mélangée de donation, si la vente est nulle pour objet illicite, elles auraient entendu, pour le cas où la nullité serait invoquée, que la donation tînt néanmoins. L'hypothèse est très voisine de celle, déjà examinée sous l'art. 139, dans laquelle il y a prévision de nullité d'un des éléments de l'acte juridique, avec acceptation du maintien de l'acte ainsi émondé. En pareil cas, s'il s'agit de nullité pour atteinte aux bonnes mœurs, le seul fait d'en avoir eu conscience implique l'intention, ou le désir, de voir cette atteinte se produire; et c'est même là, de la part de l'auteur de l'acte, sa volonté principale : le maintien de l'acte, dégagé de ses éléments illicites, n'est que sa volonté subsidiaire. Aussi, la première suffit-elle à vicier l'acte tout entier. C'est la déclaration, dans son ensemble, qui est contraire aux bonnes mœurs et qui les choque. On ne peut pas la diviser par fractions, les unes licites, les autres illicites, de sorte que les premières fussent maintenues, et non les secondes. C'est le bloc qui porte atteinte aux bonnes mœurs; et le tout est vicié de ce chef.

23. Il doit en être de même au cas de substitution d'un acte nouveau à l'acte initial. On pourrait être tenté de dire, sur le fondement de l'art. 140, que l'acte nouveau ne fait pas partie de la déclaration, au moins dans son unité, et que, par suite, si la déclaration tombe, l'acte qui lui est substitué n'est pas vicié par elle. Le raisonnement, pour la question qui nous occupe, serait doublement inexact. D'une part, l'acte nouveau doit puiser ses éléments dans la déclaration elle-même; et, si elle tombe toute entière, plus rien n'en subsiste. D'autre part, cette substitution d'un acte nouveau, lequel, pris dans son unité, ne fût pas contenu dans la déclaration, implique précisément que la cause de nullité n'ait pas été prévue, donc que le but illicite n'existe plus, pris au

moins du point de vue subjectif; et il a déjà été dit que la question, dans ce cas, ne se posait plus. Au contraire, lorsque la cause de nullité a été connue, la substitution a été prévue et tacitement voulue; donc elle fait partie de la déclaration et doit tomber avec elle. Elle tombe avec elle, parce que, là où un acte, dans sa matérialité objective, comme dans son but, pris du point de vue subjectif, est illicite, il constitue un acte qui, dans son ensemble et dans son tout, viole la morale et choque les bonnes œuvres. C'est alors l'acte tout entier qui est nul, sans qu'il soit possible d'en séparer les éléments licites de ceux qui ne le seraient pas; ils ont perdu leur individualité, pour se fondre en un acte unique, contraire à la morale et au droit.

Art. 141. — Lorsqu'un acte juridique nul est confirmé par celui de qui il émane, la confirmation doit être considérée comme un renouvellement de l'acte.

Lorsqu'un contrat nul est confirmé par les parties, ces dernières sont obligées, au cas de doute, à se procurer, réciproquement l'une à l'autre, ce qu'elles auraient retiré du contrat, si celui-ci eût été valable, et en admettant qu'il eût été valable dès le principe.

1. L'art. 141 est le seul texte du Code civil exposant les conséquences de la nullité, ou plutôt l'une des conséquences de la nullité; et, de celle qu'il consacre, il est relativement facile de déduire toutes les autres et d'extraire la conception même que l'on doit se faire de la nullité. Le nouveau Code, en effet, n'a pas jugé qu'il rentrât dans la mission d'une loi proprement dite de donner à cet égard une définition doctrinale. Il en avait été autrement du premier projet, dont les art. 108 et 109 définissaient l'effet principal de la nullité, qui était, d'après ces dispositions, de faire considérer l'acte, en ce qui concerne les effets juridiques que les parties avaient eus en vue, comme non avenu, et, par suite, de maintenir cette suppression légale de l'acte d'une façon irrévocable, et alors même que la cause de nullité vînt à disparaître par la suite. Le Code civil n'a pas entendu se départir de ces conceptions; mais il a cru que ces définitions rentraient dans le rôle de la doctrine, et non dans celui de la loi. Elles lui incombent d'autant plus que le nouveau Code accepte deux catégories de nullité, ou, si l'on veut, d'invalidité, la nullité proprement dite et l'annulabilité, et qu'il faut distinguer l'une de l'autre, si même il n'y a pas à se demander au préalable s'il n'existerait pas d'autres catégories à tracer dans ce groupe des actes dépourvus d'effets. On s'y trouve invité, déjà, par le fait même qu'à maintes reprises

la loi parle d'inefficacité, là où il semblerait, à vrai dire, qu'il y eût vraiment nullité, au sens de l'art. 141, alors qu'on paraît bien en faire, tout au contraire, comme une catégorie à part. On en trouvera, à titre d'exemples, les principales applications dans les textes cités par Leonhard (p. 435 et suiv.). De sorte que c'est, avant tout, la position prise par le nouveau Code allemand, par rapport à la théorie des nullités, qu'il convient d'esquisser d'une façon précise.

§ 1.

2. Bien que le Code civil ne fasse nulle part allusion à l'acte qui serait inexistant, on s'accorde assez volontiers à reconnaître que cette première distinction s'impose, parce qu'elle résulte d'un fait matériel dont on ne peut pas ne pas tenir compte. Il est certain que la nullité, dans la terminologie du Code civil, suppose un acte dont la formation matérielle soit achevée, qui présente, par conséquent, tous les éléments devant résulter de l'exécution qui en incombe aux parties, mais que la loi prive de ses effets juridiques. Or, avant de faire intervenir la loi, pour dénier à un acte les effets de droit qu'il ait en vue, on peut supposer que son achèvement matériel et que, par suite, son exécution, de la part de celui qui l'entreprend, n'est pas complète. On ne peut pas dire qu'il soit nul; il n'existe pas encore dans sa matérialité. Il est assimilable à un délit qui ne serait que tenté, et non encore consommé. La comparaison a été souvent reproduite. Il est difficile de ne pas accepter, sans que le Code ait eu besoin de la signaler, tellement elle allait de soi, cette première catégorie d'actes non valables; ce sont les actes inexistants. Cette première branche de la classification était assez volontiers admise autrefois par la doctrine française; on incline aujourd'hui à la repousser. Cela tient à ce que la question se pose, tout particulièrement, au point de vue des conséquences qui en découlent, et qu'en écartant cette distinction, on entend marquer, par là, qu'elle n'aboutit à aucune divergence d'effets ou d'intérêts pratiques.

3. Or, même en se plaçant à ce point de vue, on ne pourrait peut-être plus en dire autant sur le terrain du droit allemand. Cela tient à ce que la nullité n'est plus aussi radicale dans ses effets qu'elle semble devoir l'être en droit français, au moins dans la théorie régnante. La nullité du droit allemand s'oppose, sans doute, aux effets normaux que l'acte avait pour but de produire; on dit, en général, ceux que les parties avaient prévus et voulus,

c'était le langage de l'art. 108 § 1. Mais elle peut cependant donner lieu à certains effets de droit qui, loin d'être conformes aux prévisions des parties, peuvent être assez opposés à ce qu'elles auraient entendu réaliser, tel, par exemple, que les dommages-intérêts pour nullité de contrat dans l'art. 307, ou dans l'art. 122 si l'on veut parler d'annulabilité; ou à d'autres qui, sans avoir été voulus, restent en harmonie avec l'intention des parties, telle que la conversion de l'art. 140; ou, enfin, à une restauration, sous une autre forme, et dans une mesure au moins approximative, des effets poursuivis par les contractants, comme au cas de confirmation rétroactive en matière de contrats nuls (art. 141 § 2). Il s'agit donc de savoir si ces effets indirects pourraient se rattacher encore à un contrat inexistant; et il est certain que la négative s'imposerait, au moins pour certains d'entre eux. A première vue, on peut croire qu'il ne pourrait être question d'associer un effet de responsabilité contractatuelle à l'idée d'un acte qui ne soit pas encore venu à existence, bien que cette conclusion soit cependant sujette à controverses. Mais en tous cas, on ne pourrait songer à la possibilité de substitution d'un acte nouveau qui dût puiser ses éléments dans un contrat qui ne s'est pas formé, et encore moins à la mise en vigueur, sous une autre forme, des effets restaurés d'un acte qui n'est pas consommé dans son exécution matérielle. Ce sont là des résultats qui s'imposent logiquement; le Code civil n'avait pas à en parler.

4. Quant à savoir quel serait le criterium de l'inexistence, peut-être serait-il plus juste, au lieu de s'attacher aux éléments indispensables, en tant que compris dans la définition spécifique de l'acte, comme on le faisait jadis dans la doctrine française, de reprendre la comparaison tirée du délit, et d'en déduire une conception analogue. Un acte juridique est achevé, lorsque tous les éléments d'exécution que les parties avaient en vue et, qui leur incombaient, ont été réalisés. Il ne faut pas dire seulement les éléments d'exécution voulus par elle; car, le plus souvent, quand un simple particulier veut procéder à un acte juridique, il ignore les éléments formels dont il se compose. Il ne les veut qu'en bloc et implicitement, en tant qu'ils font partie de la structure juridique indispensable de l'acte; et l'on revient ainsi aux éléments constructifs essentiels de la doctrine française, en tant qu'il s'agit des procédés d'exécution matérielle, en dehors de toute condition de validité purement légale, comme serait la capacité, par exemple. Mais, il faut aller plus loin aussi que la théorie des éléments constructifs essentiels, et considérer, alors, tout ce qui a été spécia-

lement voulu par les intéressés, comme partie intégrante de l'acte, dans la mesure où ceux-ci peuvent disposer ainsi de son intégrité, comme pièce nécessaire à la structure de l'acte juridique. Les art. 154 et 155 le démontrent suffisamment, en matière de contrats; le défaut d'accord sur la moindre clause rattachée à l'ensemble du contrat, et susceptible d'en être une partie intégrante, empêche le contrat de venir à existence.

5. Si le Code allemand ne parle pas d'inexistence, il mentionne, à maintes reprises, l'inefficacité d'un acte juridique; il parle d'actes inefficaces, ou dépourvus d'effets. Au fond, cela aboutit, sans doute à une véritable nullité (PL. p. 145). C'est le cas, par exemple, de l'inefficacité des actes accomplis par un mineur (art. 107 et 111). Et, cependant, il y a parti pris évident, de la part de la loi, d'avoir voulu s'attacher à une conception un peu différente de la nullité. On remarquera surtout, sous ce rapport, la préoccupation de la loi de qualifier de ce même nom des actes dont l'inefficacité, pour reprendre l'expression qui se trouve en cause, vient uniquement de la défaillance d'une condition suspensive, ou de la réalisation d'une condition résolutoire (cf. art. 161, art. 2077, LEONH., p. 435), auquel cas il est visible pour tout le monde qu'inefficacité soit autre chose que nullité. N'en est-il pas de même ailleurs? Et, de même qu'il est certain que la défaillance d'une condition suspensive, faisant de l'acte un acte non avenu, l'empêche de produire aucun des effets indirects susceptibles de se concilier avec la nullité (art. 140 et art. 141 § 2), de même peut-on se demander, s'il n'en serait pas toujours ainsi, toutes les fois que la loi parle d'actes inefficaces; et, si cela était, la question serait loin d'être purement théorique.

6. Ce que l'on aperçoit, au cas de condition défaillie, c'est que, si, d'une part, l'acte présente tous les éléments d'exécution incombant à celui, ou à ceux, de qui il émane, ce qui l'empêche d'être inexistant, il n'est dépourvu d'efficacité que par application de la volonté des parties elles-mêmes, qui ont voulu qu'il en fût ainsi, et non par suite d'une intervention de la loi, venant s'opposer à la réalisation de ce qui eût été réellement voulu par les intéressés. Et, il en serait encore de même, si l'inefficacité provenait d'une condition préalable, ou, pour mieux dire, d'un élément de validité, imposé par les parties, et considéré par elles comme devant être nécessaire pour que l'acte produise ses effets. Dans tous ces cas, on a pu dire que l'acte se supprimait lui-même; ce qui impliquait que son inefficacité faisait partie du contenu de l'acte et avait été prévu et voulu par les parties, et non par

la loi (Cf. WIND. et KIPP sur *Wind.* I § 82, p. 368 suiv.).

7. Qu'on ne se hâte pas d'en conclure que l'inefficacité viendrait toujours de la volonté des parties, et jamais de l'intervention de la loi, alors que la nullité serait l'effet d'un acte impératif de la loi, venant s'opposer à ce qu'un acte voulu par les parties prenne une valeur juridique.

Nous trouvons, en effet, des actes déclarés inefficaces, précisément parce qu'ils sont défendus par la loi, et qui sont ainsi dépourvus d'effet, par suite d'une pure disposition légale, alors que les parties eussent voulu qu'il en fût autrement, par exemple les actes que la loi déclare inefficaces, lorsqu'ils sont faits sous condition (cf. art. 388, art. 925). C'est la même expression que le Code emploie pour caractériser les actes du mineur, alors qu'il s'agit bien d'une pure inefficacité légale (art. 111), et de même au cas d'acte unilatéral fait par un mandataire qui ne produise pas sa procuration écrite (art. 174).

8. D'autre part, l'art. 306 parle de nullité à propos d'impossibilité de l'objet. Il est assez vraisemblable, cependant, que, si les parties ont stipulé un objet impossible, d'une impossibilité matérielle et non légale, c'est qu'elles en ont ignoré le caractère. Et, si elles l'avaient connu, il est à présumer qu'elles eussent modifié leurs conventions; de sorte que, dans la plupart des cas, non pas toujours assurément, — car il n'y a pas forcément erreur, surtout des deux côtés, — mais, dans la plupart des cas, la nullité repose ici sur une intention présumée des parties, sur une constatation de fait, plutôt que sur une intervention légale. Il semble donc assez difficile d'apercevoir, sous cette diversité de termes, des divergences de conceptions nettement accentuées; aussi y aurait-il, peut-être, quelque danger à vouloir, dans tous les cas où la loi parle d'inefficacité, admettre des effets identiques, et surtout à vouloir les opposer forcément à ceux dérivant de la nullité.

9. Ce que l'on peut dire, et encore d'une façon assez vague, au moins à titre d'indication générale, c'est qu'il faut voir, en effet, dans la nullité une intervention de la loi, venant supprimer un effet juridique qui, sans elle, se serait produit, conformément à la matérialité de l'acte une fois réalisée; et il en est ainsi, même au cas de l'art. 306, puisque l'impossibilité aurait pu ne pas s'opposer absolument à la mise en vigueur du contrat, lequel eût produit ses effets par voie d'équivalent pécuniaire et que, peut-être, l'une des parties, pour tromper l'autre, aurait pu laisser se conclure le contrat en connaissance de cause. L'annulabilité pour erreur eût paru alors insuffisante; elle-même pouvait dépendre de difficultés d'in-

terprétation au sujet de la constatation même de l'erreur; la loi intervient et prononce la nullité.

10. Cela suppose donc un acte ayant, du chef des parties, tous ses éléments matériels, et qui n'ait plus qu'à produire ses conséquences juridiques. Celles-ci dépendent d'une reconnaissance légale, puisqu'il faut que la loi intervienne pour les faire exécuter; la loi se refuse à intervenir, c'est la nullité.

11. Mais, si l'on peut accepter une idée commune à tous les cas de nullité, il paraît impossible de trouver, à l'inverse, une conception unique pour l'inefficacité. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la loi parle d'inefficacité, toutes les fois que les conséquences juridiques de l'acte ne se produisent pas, sans qu'il y ait pour cela suppression de ses effets par voie d'intervention légale.

12. Cela s'applique, d'abord, à tous les cas où c'est en vertu de la prévision des parties que l'acte n'entre pas en vigueur. Mais cela s'applique, aussi, aux actes dont la loi ne reconnaît pas l'existence, en tant que modes de procédé juridique, tels qu'un mariage conditionnel (art. 1317), une compensation, ou une cession judicaire d'immeuble, faites sous condition. C'est bien, sans doute, la loi qui défend aux parties d'apposer à l'acte auquel elles procèdent telle ou telle modalité. Mais, on aperçoit une nuance entre cette hypothèse et celle où, s'agissant de conventions libres, les parties, en principe, peuvent formuler toutes les clauses qui répondent à la complexité de leurs intentions, sauf à risquer de voir la loi se refuser à reconnaître telle ou telle clause, qu'elle juge contraire au but social qui lui incombe. La question se présente un peu différemment, lorsqu'il s'agit d'actes qui soient en quelque sorte de création légale, et qui soient comme des instruments de technique juridique, dont les éléments constructifs doivent ressortir de la loi, et non du choix des intéressés : un mariage, une compensation, un transfert judiciaire d'immeuble. La loi n'intervient pas, pour supprimer tels ou tels effets prévus par les parties, et dont elle se refuse à reconnaître l'efficacité; la loi crée l'acte sous telle forme qu'il lui plaît, et, si elle se refuse à admettre telle ou telle modalité, il ne faut pas dire qu'elle annule ce qu'elle aurait créé elle-même; mais qu'elle établit certaines conditions préalables, faute desquelles l'acte ne se produit pas : il est, non pas nul, mais sans effets. Il est comme non avenu, on l'assimile à un acte inexistant. L'inefficacité, au lieu de se rapprocher de la nullité, se trouve équivaloir ici à l'inexistence.

13. Dans d'autres hypothèses, elle se rapprocherait plutôt de la nullité, par exemple au cas d'acte conclu par un mineur. Ne

semble-t-il pas que ce soit la loi qui intervienne, pour supprimer un effet de droit que l'intéressé avait en vue et, pour lequel il eût accompli, déjà, toute la part d'exécution matérielle qui lui revienne? Ce serait bien alors l'hypothèse même de la nullité; et, de fait, si l'autorisation du représentant légal n'intervient pas, on est autorisé à dire que l'acte est nul. Toutefois, on aperçoit ici une situation un peu nouvelle. Il peut bien arriver que l'acte soit nul; mais il peut se faire, aussi, qu'il soit provisoirement en suspens, en ce sens que son efficacité ou son inefficacité dépendent de certaines interventions ultérieures. Par exemple, l'acte unilatéral, qui serait fait avec l'autorisation préalable d'un tuteur, reste cependant inefficace, si le mineur ne représente pas cette autorisation sous forme écrite et que le tiers repousse l'acte qui lui est adressé et se refuse à le reconnaître (art. 111). Et cependant cet acte, dont l'efficacité va être supprimée, n'était pas un acte nul. Il peut se faire, à l'inverse, qu'un acte inefficace, à son origine, cesse de l'être si une ratification postérieure lui est donnée; de telle sorte que, dans l'intervalle, on ne peut pas dire que l'acte soit nul, puisqu'il a une existence et une valeur juridique que la loi lui reconnaît, de même qu'elle reconnaît une existence juridique à un acte conditionnel, avant même que la condition s'accomplisse, ou encore à une déclaration de volonté qui ne soit pas encore parvenue à destination (art. 130). Dans ce dernier cas, également, la loi dit de la déclaration, simplement émise, qu'elle n'est pas encore efficace, tout en reconnaissant, cependant, qu'elle ait une valeur juridique, puisqu'on lui accorde une certaine transmissibilité héréditaire. Nous entrevoyons ici l'inefficacité, ou plutôt le défaut d'efficacité, se présentant comme un état d'incertitude provisoire et de suspension d'effets, en attendant une solution décisive; et, lorsque celle-ci se produit, si c'est en faveur de l'inefficacité, cette dernière apparaît identique à ce que serait la nullité de l'acte, ou son inexistence, suivant les cas, suivant que l'acte est non avenu, par suite de la volonté même des parties, comme au cas de condition, ou qu'il est supprimé par la volonté de la loi, comme au cas d'incapacité. Et ce qui, dans cette dernière hypothèse, semble bien confirmer ce rapprochement avec la nullité, c'est que, lorsque l'incapacité est absolue, et qu'il n'y ait aucune période d'incertitude pouvant laisser l'acte en suspens, la loi n'hésite plus à parler de nullité (art. 105). C'est ce même effet de nullité qui intervient, à plus forte raison, au cas d'incapacité relative; avec cette différence que, d'après l'art. 105, c'est la déclaration elle-même qui est nulle, ce qui ne permet pas d'en-

déduire encore aucun effet de droit, même indirect, tandis que, ce qui est déclaré inefficace, lorsque l'acte se produit au cas d'incapacité relative, c'est l'acte juridique devant résulter de la déclaration. Aussi ne serait-il plus impossible, au moins à *priori*, l'acte visé étant nul, sans que la déclaration soit considérée comme non avenue, d'en tirer encore certaines conséquences indirectes, analogues à celles compatibles avec la nullité proprement dite (art. 140).

14. Et c'est, en effet, sur ce dernier point, ou à peu près, que roule tout l'intérêt pratique de la question : les effets de droit, au moins indirects, que la loi ne juge pas incompatibles avec la nullité, ou du moins certains de ces effets, pourraient-ils encore se produire avec l'inefficacité?

15. On vient d'apercevoir, déjà, une première distinction qui s'impose, et que nous retrouverons à propos de la nullité proprement dite; il faut distinguer suivant que la sanction légale, nullité ou inexistence, frappe la déclaration elle-même ou l'acte qui en résulte. Si la déclaration est supprimée, même lorsque la loi la déclare nulle, tout est non avenu, et aucun effet, direct ou indirect, ne peut intervenir; car, s'agissant d'effets qui reposent sur un acte de volonté, cet acte de volonté est censé n'avoir pas existé. Il s'agit, en somme, d'inexistence plutôt que de nullité.

16. Aussi, faut-il supposer la déclaration existant, en tant que fait juridique, et destinée, par suite, à se transformer en un acte juridique, ou plutôt à valoir à l'état d'acte juridique : lorsque la loi la déclare inefficace, peut-on encore lui attribuer certains effets indirects de la nullité?

17. Cette conséquence paraît tout à fait impossible, dans les cas où l'inefficacité se rapproche de l'inexistence, et, tout au moins, lorsque cette inefficacité a été comme éventuellement acceptée par les parties, comme c'est le cas, par exemple, s'il s'agit de condition proprement dite; il ne peut être question, ni de conversion (art. 140), ni de confirmation rétroactive (art. 141, § 2).

18. La question est un peu moins simple, dans les cas où l'inefficacité semble plutôt venir d'une intervention légale qui la rapproche de la nullité; par exemple, s'il s'agit de contrat conclu par un mineur Ne pourrait-on pas, dans une certaine mesure, admettre encore la conversion? En matière d'acte unilatéral repoussé par celui à qui il s'adressait (art. 111), la question ne se poserait plus, parce que le tiers, ayant repoussé l'acte, à son égard, tout est non avenu; et on ne pourrait pas prétendre lui imposer un acte différent, tiré de celui dont il n'a pas voulu.

19. Mais, s'il s'agit de contrat voulu par les deux parties, la

nullité n'est possible que parce que l'acte est de ceux qui requièrent l'intervention du représentant de l'incapable, en tant que pouvant lui causer la perte d'un droit ou d'un avantage juridique; s'il avait dû avoir pour effet de lui procurer un pur avantage juridique, il eût été valable (art. 107). Or, s'il pouvait arrriver que, de l'acte considéré comme inefficace, on pût extraire, pour le lui substituer, un acte de pure acquisition, et valable comme tel, pourquoi ne pas appliquer l'art. 140? Il n'en serait plus de même de la confirmation rétroactive de l'art. 141, § 2, laquelle dût avoir pour effet de rétablir les effets primitifs du contrat; car ce sont ces mêmes effets que la loi annule à l'égard du mineur (art. 108).

20. A tous ces points de vue, il était donc opportun de parler d'inefficacité, plutôt que de nullité, puisque cette dernière expression, s'agissant de la nullité de l'acte, et non plus de la déclaration, eût risqué de faire admettre, sans distinction, tous les effets indirects de la nullité, ce qui eût été inadmissible.

21. L'inefficacité aboutit, en somme, comme la nullité, à supprimer tous les effets que l'acte avait pour but de produire directement. Sous ce rapport, l'acte, comme en matière de nullité, est non avenu. Il n'est besoin d'aucune initiative pour en faire prononcer l'annulation; et la confirmation qui en serait donnée, ou la disparition, qui pourrait survenir, de la cause d'inefficacité, ne rendraient pas à l'acte sa valeur juridique : ce sont toutes les conséquences de la nullité.

22. Mais, en ce qui touche les effets indirects que celle-ci pourrait produire, comme dérivant du fait d'une déclaration de volonté qui subsiste, en tant que fait juridique, la loi ne s'est pas prononcée. Elle a laissé à la doctrine le soin de décider, pour chaque acte en particulier, suivant qu'il dût être considéré comme se rapprochant d'un acte nul ou inexistant, si ces effets indirects fussent compatibles avec la portée juridique qui pût être attribuée à la déclaration; et quels seraient, dans ce cas, ceux de ces effets qui fussent admissibles. On pourra voir toute cette question de la nullité et de l'inefficacité développée à fond par Leonhard (§ 94 et 95; cf. Kipp sur *Wind.* I § 82).

§ 2.

23. Revenant à la nullité proprement dite, nous abordons les effets juridiques qui lui sont rattachés. L'art. 108 P[1] déclarait que son effet capital était de faire considérer l'acte, par rapport aux résultats juridiques voulus par les parties, comme s'il n'avait pas

eu lieu. On marquait bien, par là, que l'acte n'était pas inexistant, et d'autre part qu'il s'agissait, ce qu'il est bon de préciser, de la nullité d'un acte, et non d'une déclaration, juridiques. Cette formule avait, peut-être, le tort de caractériser d'une façon un peu étroite les effets que la loi se refusait à reconnaître; car un acte juridique ne produit pas que des effets voulus par les parties. La loi rattache, aux effets qui ont été voulus, certaines autres conséquences, qui peuvent n'avoir été ni voulues ni prévues. La formule la plus exacte, comme l'indiquait Leonhard (*loc. cit.*), eût été de parler des effets que l'acte avait pour but de produire. Quoi qu'il en soit, le Code civil a rejeté toutes ces définitions doctrinales, comme n'étant pas à leur place. De même a-t-il fait pour l'art. 109 P[1], dont le but était d'indiquer que l'acte était annulé d'une façon définitive, et qu'il ne saurait jamais rentrer en vigueur, même si la cause de nullité venait à disparaître. On a jugé toutes ces formules inutiles (*Pr.* 125). Ce sont là des solutions qui n'en sont pas moins incontestables. La pensée de la loi est que l'acte, en tant qu'acte juridique, est à considérer *ab initio* comme s'il n'avait pas eu lieu, de telle sorte que tous les rapports de droit qui s'y réfèrent doivent être traités comme ils le seraient si l'acte ne s'était pas réalisé; ce que la loi applique même à la clause pénale, stipulée pour la non-exécution d'une obligation qui se trouve nulle (art. 344).

23. La seule conséquence de la nullité dont le Code eut tenu à faire mention est celle relative à la confirmation; c'est par là, en effet, que devait s'affirmer, surtout, l'une des différences caractéristiques par rapport à l'annulabilité.

24. Il en est une autre, cependant, dont il n'est pas parlé, et dont ne parlait pas davantage le premier projet : c'est celle relative à l'entrée en vigueur de la nullité. Pour cette dernière, il n'est besoin d'aucun acte judiciaire, ni extra-judiciaire, pour qu'elle produise ses effets. Elle existe de plein droit, par le fait seul qu'existe la cause qui la produit. Il n'y a pas à faire tomber l'acte, ni à l'attaquer; par conséquent, tous les intéressés pourront invoquer les rapports juridiques dérivant de l'état de choses antérieur, tels qu'ils existaient avant que l'acte fût intervenu, sans tenir compte de ce dernier. C'est ce que l'on veut dire, lorsque l'on déclare que la nullité peut être invoquée par tous ceux qui se trouvent y avoir intérêt. Il n'y aura lieu d'aller en justice que si les tiers, auxquels l'acte eût conféré des droits, prétendent vouloir s'en servir. L'action judiciaire n'aura pas pour but de faire prononcer la nullité, mais de la faire reconnaître, donc d'établir et

de prouver la cause d'où elle dérive. Aussi n'y a-t-il aucune prescription relative au droit de faire reconnaître la nullité, puisqu'il n'y a pas d'action destinée à la faire entrer en vigueur. Le droit à la nullité ne constitue pas une prétention juridique, une *Anspruch*, au sens de l'art. 194 du Code civil. Il n'y aurait d'autre prescription que celle relative aux effets de droit invoqués par les intéressés, à l'encontre de l'acte qu'on leur oppose, également la prescription qui se référerait à la restitution de ce qui aurait été livré en exécution du contrat nul (Cf. sur art. 143, n° 24); ou, encore, s'il s'agit des droits qui auraient pu être transmis par l'acte frappé de nullité, les prescriptions acquisitives qui pussent s'y rapporter, dans la mesure, tout au moins, où le nouveau Code civil admet encore la prescription acquisitive. Au lieu de prescription de la nullité, il pourra y avoir forclusion du droit de l'invoquer, à raison d'une confirmation tacite, qui fût intervenue au sens où l'on va voir qu'elle peut intervenir. Mais c'est là un point de vue tout différent. On ne se refuse pas à reconnaître la nullité du premier contrat; mais celui-ci se trouve remplacé par un second acte équivalent au premier, et dont les parties doivent subir les effets. Cela revient à dire, sauf la question de rétroactivité, que la nullité du premier est, en fait, comme non avenue.

25. On voit donc que la nullité existe à l'égard, au profit, et à l'encontre, de tous ceux qu'elle intéresse. Elle est opposable aux tiers et, par suite, aux sous-acquéreurs, qui tiendraient leur droit de celui qui l'eût acquis en vertu d'un acte nul. Mais ce principe de réalité est un peu moins menaçant pour le crédit qu'il n'est en droit français, par la double raison suivante. D'abord, parce qu'il est très rare qu'un acte créateur d'obligation suffise à la transmission du droit qu'il eut pour objectif; il faut, en outre, procéder à un contrat réel de transfert. Si, donc, le premier est nul, le second ne l'est pas pour cela. Il peut y avoir défaut de cause et recours de ce chef; il n'y a pas nullité de l'acquisition. Mais ce peut être ce second acte qui soit nul; et il en sera ainsi, en effet, dans le plupart des cas, si l'acte ne se réalise plus entre les parties initiales, mais qu'il émane de l'une d'elles, de celle qui eût acquis la chose en vertu d'un acte de transmission déclaré nul. Car, son acquisition étant nulle, elle se trouve sans droit pour transmettre la chose; et le transfert qui vient d'elle émane ainsi d'un *non dominus*; ce qui n'implique pas forcément, il est vrai, nullité de plein droit de l'acte de transmission, par exemple en matière d'inscription au registre foncier, mais ce qui peut, tout au moins, emporter rectification de l'acte

(art. 894). Peu importe, du reste. Si, pour conclure, c'est l'acte de transmission qui est nul, il faut se souvenir que l'acquéreur, du moment qu'il est de bonne foi, où, pour être plus précis, qu'il n'a pas connu la nullité et qu'il n'était pas en faute de l'avoir ignorée, sera tenu pour acquéreur légitime. L'application de ce principe, avec des variantes de détail, a été faite, pour la plupart des contrats de transfert, ou des actes de transfert, comme on l'a vu en note sur l'art. 135.

26. Partant de là, il devenait évident que la confirmation, en tant que confirmation, ne pouvait valablement intervenir, à l'effet de couvrir la nullité, et de faire considérer l'acte comme n'ayant jamais été nul. Il devait en être ainsi, bien entendu, même à supposer la cause de nullité disparue, ce qui allait de soi. Car il ne pourrait être question de faire valoir, par voie de confirmation, un acte dont la cause de nullité subsistât. Mais, encore que celle-ci eût disparu, les parties ne pourraient pas, de leur seule volonté, rendre à l'acte la validité qui lui a fait défaut. La prétendue confirmation qu'elles en donneraient ne serait pas une confirmation, mais un renouvellement de l'acte. L'acte serait passé à nouveau, et vaudrait, par conséquent, à la date où la confirmation intervient, donc sans effet rétroactif. De même, faudrait-il, si l'acte exige des formes, que celles-ci fussent renouvelées au moment de la prétendue confirmation. C'est à cette date, également, qu'il faudrait se placer pour apprécier les questions de capacité et autres conditions de validité de l'acte. Telles sont bien les solutions qui dérivent du principe posé par l'art. 141.

27. Il n'est cependant pas entièrement inutile d'observer qu'il y a eu un acte antérieur; et, à un point de vue qui a son importance, on peut encore parler de confirmation. C'est que, en ce qui concerne le contenu de l'acte, il suffit de s'en référer à la déclaration antérieure, laquelle subsiste, et qui subsiste, non seulement comme fait matériel, mais comme fait juridique. Sans doute, en la renouvelant, on peut en changer le contenu, puisque c'est un acte nouveau qui intervient; mais on peut se contenter aussi d'une simple référence à l'acte antérieur. Celui-ci reste comme la charte de l'acte nouveau. Et même, s'il s'agissait de la confirmation rétroactive en matière de contrat, ce serait une question délicate de savoir si l'on pourrait changer le contenu intial de l'acte, au moins dans ses points essentiels.

28. D'autre part, toutes les fois que l'acte n'était soumis à aucune forme, la confirmation, comme tout contrat, pourrait être tacite; elle pourrait résulter de l'exécution consciente de l'acte

frappé de nullité, ou, tout au moins, s'il s'agit d'acte unilatéral, de l'acceptation par celui de qui il dût émaner des effets que cet acte était appelé à produire : ce qui implique que l'on reconnaît encore une valeur juridique à l'acte initial. Cela implique, de toute façon, que la déclaration qui le constituait vaut encore, comme déclaration de volonté, existant aux yeux de la loi, ou plutôt pouvant garder son existence juridique, au gré, et par la volonté des intéressés, sauf à ne produire ses effets, comme acte juridique, que par le renouvellement de l'acte. Tout ceci sera plus amplement expliqué sur la seconde disposition de l'art. 141, à propos de la rétroactivité, en matière de rapports purement personnels, donnée à la confirmation, lorsqu'il s'agit de contrats.

29. Mais, il importe, pour que la confirmation tacite ait lieu, que la cause de nullité ait disparu. Cela, toutefois, ne suffit pas; il faut que les intéressés, ou tout au moins les parties à l'acte, ceux dont la volonté devait intervenir, aient connu la nullité. Cette nouvelle condition est de toute évidence, puisque la confirmation est un acte de volonté, équivalant à un second contrat, ou, plutôt, à un second acte juridique, identique au premier. Il ne suffirait donc pas que les faits matériels, desquels pût résulter une confirmation tacite, aient eu lieu soit avant, soit même après, la disparition de la nullité, si les parties, — les deux contractants s'il s'agit de contrat, l'auteur de l'acte, s'il s'agit d'acte unilatéral, — ignoraient que l'acte eût été nul. Car, par le fait de cette ignorance, il n'y a pas, de leur part, un second acte de volonté, ayant pour but de renouveler l'acte. Si, au contraire, la cause de nullité a disparu, et que les parties eussent connu cette nullité, la réalisation, à ce moment, des faits matériels impliquant confirmation, exécution du contrat, par exemple, s'il s'agit de contrat, suffira à donner à la confirmation tacite une date précise, ne pouvant donner prise, au moins en principe, à aucune difficulté.

30. Peut-être, y en aurait-il une, en matière de déclaration unilatérale, devant être adressée à l'intéressé; par exemple, une déclaration d'option en matière d'alternative, ou encore au cas de résiliation de contrat, lorsque ces actes, en tant qu'actes juridiques, auraient été frappés de nullité. La confirmation tacite résulterait, par exemple, du fait, de la part de l'auteur de la déclaration, d'accepter les conséquences qui auraient dû résulter de son acte initial, conséquences de l'option ou de la résiliation. Et c'est alors que l'on peut se demander où se placerait, s'agissant d'acte unilatéral tacite, le fait de la réception. Ou, pour mieux dire, si la confirmation n'est qu'un renouvellement de l'acte,

faut-il encore que celui-ci, s'il s'agit d'acte unilatéral devant s'opérer par voie de déclaration adressée à partie, se réalise par une déclaration, même tacite, dont la réception se plaçât à un moment précis, qui seul dût marquer la date de l'acte nouveau? Ou bien se contenterait-on de l'émission de la déclaration, c'est-à-dire de ce que le fait matériel, constitutif de la confirmation tacite, aurait eu lieu du chef de l'auteur de l'acte, sans exiger, cette fois, aucune participation, même sous forme de réception, de la part du destinataire?

31. Peut-être, pourrait-on soutenir, si la déclaration primitive garde encore sa valeur, sinon comme acte, mais comme fait, juridique, que la réception antérieure vaut à l'égard du destinataire. Mais, il est plus exact d'exiger une réception nouvelle; car cette première déclaration ne peut se maintenir, comme fait juridique, que par une déclaration nouvelle, déclaration de confirmation, laquelle a besoin de réception. Cette dernière s'opérera suivant les règles indiquées en matière de déclarations tacites; il suffira que le renouvellement tacite de l'acte ait eu lieu au su du destinataire, ce qui revient à dire, comme procédé de droit commun, que l'acte, qui en implique le renouvellement, dût être parvenu à la connaissance de l'intéressé, celui-ci ayant également connu la nullité et sa disparition, de telle sorte qu'il se rendit compte de la portée de l'acte nouveau, dont la manifestation lui est destinée (Cf. not. sur art. 130).

32. Cette difficulté à part, il est vrai de dire que l'application de tous ces principes reste assez simple, dès que l'acte constitutif de confirmation tacite n'a lieu qu'après le double fait, de la disparition de la nullité, et de la connaissance, de la part des intéressés, de cette disparition elle-même. Mais on peut supposer cet acte constitutif ayant eu lieu antérieurement. Par exemple, s'il s'agit de contrat, les parties l'ont exécuté avant que la nullité ait disparu; puis, la cause de cette dernière ayant cessé, elles ne reviennent pas sur l'exécution faite. De même, au cas d'acte unilatéral, de résiliation par exemple, si l'exécution de la résiliation nulle avait eu lieu antérieurement à la disparition de la nullité. Où placer, dans tous ces cas, la date du nouvel acte qui s'accomplit? Il pourra paraître assez exact, sans doute, de considérer la confirmation tacite comme opérée au moment où, la disparition ayant cessé, les deux parties ont connaissance de cette disparition. Car il ne serait pas suffisant, suivant une formule antérieurement présentée, d'exiger, de la part des intéressés, la connaissance de la nullité; il faut qu'ils en aient connu la disparition. C'est là une condition

indispensable de la présomption d'une réitération de l'acte. Au moment où cette double connaissance est acquise, si les choses restent en état, on peut considérer qu'il y a confirmation tacite; ou, tout au moins, lorsqu'un délai normal s'est écoulé, sans que les parties, ou l'une d'elles, aient exigé la reprise du *statu quo ante*, c'est-à-dire la restitution de l'état de choses antérieur.

33. Il peut donc y avoir, à cet égard, quelque incertitude quant à la date de cette confirmation tacite, laquelle ne se traduit par aucun acte extérieur, et qui est uniquement constituée par le fait d'attitudes passives. Ces difficultés n'ont pas grande importance, lorsqu'il s'agit de confirmation rétroactive, comme en matière de nullité relative en droit français. Il suffit de savoir si la confirmation a eu lieu; et peu importe de préciser quand elle a eu lieu. Lorsque la confirmation n'est qu'une réitération de l'acte, qui prenne date au moment précis où elle intervint, ce qui suppose de nouvelles déclarations de volonté se produisant en vue de refaire l'acte lui-même, tout ce mécanisme devient bien autrement délicat. Le juge est obligé, non plus de constater seulement qu'on a voulu confirmer, mais qu'une volonté précise a été émise, reçue, et, s'il s'agit de contrat, acceptée, à cet égard.

34. Or, c'est à ce sujet qu'il est intéressant de reconnaître que ce nouvel acte qui se forme n'est qu'une remise en vigueur d'une déclaration antérieure, de telle sorte que la déclaration nouvelle n'est pas, à proprement parler, une réitération de cette déclaration, mais une reconnaissance de sa validité, en tant que fait juridique intervenu. La confirmation est comme un contrat de reconnaissance, relatif à un contrat antérieur; et c'est pourquoi cet acte de reconnaissance, même contractuelle, de déclarations antérieures, peut s'induire du seul fait de maintenir l'exécution antérieure de l'acte, en dépit de la disparition de la nullité, dès qu'il s'est écoulé un temps normal de réflexion, indiqué par les circonstances.

§ 3.

35. Enfin, lorsqu'il s'agit de contrats, mais de contrats seulement, la loi admet, dans les rapports entre les parties, et dans la mesure où il s'agit de reconnaître, entre elles, de simples droits personnels, une confirmation rétroactive; en ce sens que l'on présume, lors du nouveau contrat qui intervient, que les parties ont voulu que tout se passât, entre elles, comme si le contrat avait été valable *ab initio*, et que les résultats du contrat qui auraient dû être acquis à chacune d'elles, par suite du contrat lui-même,

leur fussent procurés, avec tous les effets qui en seraient provenus *ex intervallo*. Il ne s'agit pas, sans doute, d'apprécier, au moins approximativement, les bénéfices que chacun aurait retirés de la prestation, si, la nullité ne s'y étant pas opposée, l'exécution avait pu en être faite à son échéance. Mais, en ce qui touche les produits directs, provenant de la chose qui devait être livrée, et qui ont été touchés par la partie qui l'a gardée, il y a promesse, au moins présumée, de les restituer à l'autre, en échange des équivalents qui fussent résultés de la contre-prestation. S'agissant, d'ailleurs, d'une simple interprétation, par voie de présomption, du nouveau contrat qui se trouve intervenir, il peut parfaitement être établi, s'il n'y a pas eu livraison, à raison de la nullité, que l'exécution se bornerait à la délivrance des prestations, telles qu'elles auraient dû être faites à l'échéance, sans tenir compte des produits touchés dans l'intervalle. Ce sont questions d'interprétation de volonté. Et, d'ailleurs, l'hypothèse où l'intérêt pratique de cette rétroactivité se fera le plus vivement sentir, est, précisément, celle où les parties auraient exécuté le contrat, sans tenir compte de la nullité, et où, s'apercevant de sa caducité, elles le confirment, en faisant disparaître la cause de nullité. Il fallait, précisément, qu'il ne pût y avoir aucune réclamation réciproque, par rapport à l'exécution antérieure et aux prestations reçues; il fallait que chaque partie pût conserver, sans autre réclamation, non seulement tout ce qui lui a été fourni, mais tous les produits et profits qu'elle eût retirés de la prestation.

36. Mais, il n'en faut pas moins observer que, en dépit de cette rétroactivité, la prétendue confirmation, même en matière de contrat, reste un contrat nouveau, et qui, par suite, doit être fait suivant les formes requises: c'est un contrat, dans le contenu duquel rentrent la promesse et obligation réciproque de rétablir les choses, ou de les maintenir, telles qu'elles eussent été si le contrat initial eût été valable dès le début. Aussi, cette rétroactivité ne porte-t-elle que sur les rapports personnels entre les parties, et non sur ceux pouvant avoir un caractère de réalité, tel que le fait d'une transmission de droit, dans les cas où elle pourrait avoir lieu par contrat. S'il s'agissait d'un contrat réel de tradition, ou contrat de cession, il ne faudrait pas dire que le droit cédé, propriété mobilière, ou créance, eût été réellement transmis à sa date : il ne le serait qu'au jour du contrat de confirmation. Seulement, entre les parties, il devrait y avoir promesse et obligation réciproque de maintenir leurs rapports juridiques, en ce qui touche l'objet transmis, tels qu'ils auraient été, si le

transfert avait eu lieu à sa date initiale. Mais, en réalité, le déplacement du droit ne s'opère que par le contrat nouveau; et cela est de grande importance à l'égard des tiers (cf. *Pr.* 126).

37. Et, c'est précisément, parce qu'il s'agit d'effets purement personnels, et d'obligations faisant partie du contrat nouveau de conformation, que la rétroactivité qui s'y attache, et qui en marque l'étendue par rapport au passé, peut remonter, dans tous les cas, à la date initiale du contrat, et non à celle à laquelle aurait disparu la cause de nullité. Si ce fût réellement le contrat qui reprît sa validité dans le passé, celle-ci n'aurait jamais pu valoir pour une époque où la cause de nullité existait encore, époque à laquelle ce contrat n'aurait pas pu être refait valablement. Mais, s'agissant du contenu des obligations du contrat nouveau qui intervient, ce contenu peut se référer, chronologiquement, à des prestations dont la mesure soit à déterminer d'après ce qu'elles auraient été, si elles eussent été valablement faites à une date antérieure, quelle qu'elle soit.

38. Il n'y en a pas moins là, par une nuance qu'il est bon de bien marquer, une légère dérogation aux conséquences rigoureuses qu'aurait dû entraîner la nullité. C'est que la limite du contenu de ces obligations réciproques va être donnée par l'appréciation des résultats qu'eût entraînés la validité initiale du contrat. La loi considère que les parties peuvent valablement tenir compte des résultats qu'eût donnés un contrat nul, pour se garantir, par un contrat nouveau, la réalisation réciproque de ce qu'auraient été ces résultats, à les prendre à la date de l'acte initial. C'est donc que ce dernier est susceptible d'être considéré comme un fait juridique, pouvant encore produire un effet de droit, c'est-à-dire pouvant servir de règlement aux obligations juridiques des parties.

39. Supposons qu'un contrat antérieur ne fût pas intervenu et que les parties, en faisant une vente, par exemple, stipulent que tout devrait se passer, entre elles, comme si la vente avait eu lieu deux ans plus tôt. Elles peuvent le faire; mais il serait faux de dire qu'elles font une vente, dont les effets vont se déterminer d'après ce qu'ils auraient été, à supposer l'acte passé antérieurement. Car on ne peut pas admettre, comme ayant été rétroactivement, et fictivement vendu, un objet qui ne l'était pas. Toutes les conventions sont libres; mais elles ne vont pas jusqu'à faire admettre que ce qui n'a pas été ait eu lieu. Ce qu'il faut dire, c'est que les parties font une vente, qui, par rapport à l'objet principal, et par rapport au prix, prend date au jour où elle est faite; puis, en outre, il est possible que le vendeur vende, à titre

d'accessoires, les produits d'une année ou de deux années antérieures qu'il ait encore en sa possession, et que, comme prix de cette vente accessoire, l'acheteur lui promette une année ou deux années d'intérêts du prix. Mais il ne faut pas dire que les obligations résultant de la vente, en tant qu'elles se référeraient à l'objet principal, en ce qui touche la garantie, par exemple, vont se déterminer, rétroactivement, d'après ce qu'elles auraient été, si la vente avait eu lieu un an ou deux ans plus tôt.

40. S'agissant, au contraire, de contrat nul, recevant confirmation, pour mesurer le contenu des obligations réciproques des parties, on supposera le contrat valable à sa date : donc on considérera les déclarations réciproques, qui constituaient le contrat frappé de nullité, comme des faits ayant encore une valeur juridique, telle que l'on pût tenir compte des résultats qu'elles auraient dû produire, et telle que l'on admît encore la réalisation rétroactive de ces résultats, par l'effet d'un contrat nouveau qui les remette en vigueur, dans les rapports personnels entre les parties.

41. Cela vient, comme il a été dit plus haut, de ce que la nullité suppose un acte qui, par sa matérialité, est complètement achevé, et dont les déclarations, en tant que faits juridiques, ne soient pas nulles, un acte tel qu'il est tout prêt à développer ses conséquences, et que le seul obstacle qui l'en empêche vient de la loi, dont l'intervention en arrête, en quelque sorte, les effets. La matérialité de l'acte subsiste ; si donc, à un moment donné, la loi permet aux parties, vu la disparition de la cause de nullité, de reprendre cette matérialité juridique, pour s'en approprier les effets de droit, tels qu'ils auraient dû se produire, il n'y a plus de raison pour que la loi n'accepte pas de tenir compte, à leur date, de déclarations de volonté qui, en dépit de la nullité, subsistent en tant que faits juridiques.

42. Mais cela suppose que l'acte n'ait pas été inexistant, au sens où ce mot a été pris, et que la déclaration, elle-même, ne soit pas nulle, comme au cas d'incapacité absolue (art. 105), ou encore dans les hypothèses prévues aux art. 116 à 118. Dans tous ces cas, les parties, en prenant pour mesure le contrat antérieur, ne pourraient que donner au contrat nouveau qu'elles forment la construction juridique dont on a vu l'analyse, à propos d'une vente que l'on voudrait antidater, mais sans que l'on pût considérer comme valable antérieurement, même à titre de fiction, les obligations du contrat antérieur, qui dussent impliquer forcément l'existence du contrat.

43. Tout cela implique, on l'a vu, la disparition de la nullité

(Pr. 126) ; et l'on peut se demander alors si l'application de cette confirmation rétroactive serait possible, et comment elle serait possible, au cas de nullité pour acte contraire aux bonnes mœurs. Il peut se faire que ce caractère disparaisse par suite de la disparition de la clause suspecte. Par exemple, celle-ci résultait d'une condition jugée illicite, et elle ne peut plus se produire ; une promesse avait été faite sous la condition que tel événement, jugé illicite, se réalise, et cet événement ne peut plus se réaliser : la condition est impossible. Ou encore le contrat devait être résolu, si l'une des parties accomplissait tel ou tel acte, constituant un fait de liberté personnelle, tel que toute entrave qui s'y trouverait apportée, dût être considérée comme une aliénation de la liberté ; et il se trouve que ce fait est devenu matérialement irréalisable. Si les parties confirment l'acte, admettra-t-on la rétroactivité de l'art. 141 § 2? L'obstacle purement juridique viendrait de ce que le contenu de l'acte étant complètement modifié, ce n'est plus le même contrat qui se trouve refait, mais un contrat tout nouveau ; et qu'une rétroactivité, fondée sur une fiction de validité antérieure du contrat initial, implique que la confirmation ne doive pas équivaloir à un acte tout différent. Dans les exemples choisis, la confirmation équivaut à une donation pure et simple, alors qu'il s'agissait antérieurement d'actes de rémunération de services ou, tout au moins, de sacrifices personnels. L'objection serait sans valeur si le contrat eût été fait sous forme de promesse abstraite, et annulé pour motif illicite ; le motif ne rentrant pas dans le contenu du contrat, la confirmation n'apporte aucune modification au contrat primitif. Il faut donc supposer, pour donner prise à la difficulté, ce que l'on est convenu d'appeler un contrat causal ; et peut-être devrait-on décider, en effet, que, si la confirmation devait changer entièrement le caractère spécifique du contrat, la rétroactivité ne s'appliquerait que dans la mesure où l'on a vu qu'elle pourrait s'adapter à un contrat inexistant. On admet, en effet, que les déclarations antérieures sont non avenues, puisqu'on leur en substitue d'autres, toute différentes. Mais, si les modifications introduites par le fait de la confirmation ne touchaient pas au caractère spécifique du contrat, on ne pourrait pas dire que les déclarations antérieures sont tenues pour inexistantes, et il n'y aurait plus d'impossibilité théorique à l'application de l'art. 141 § 2.

44. D'impossibilité théorique, peut-être, en effet, n'y en aurait-il plus ; mais y aurait-il toujours possibilité morale à admettre cette solution? En d'autres termes, s'agissant d'un contrat illicite,

on peut bien, sans doute, refaire un contrat nouveau, calqué sur les bases du premier, moins ce qui en faisait le caractère illicite, et même stipuler réciproquement les avantages qui auraient dû en provenir, mais comme on le ferait pour un contrat qu'on antidaterait. Peut-on, ce qui est tout différent, donner une validité, même fictive, à un contrat qui avait été fait en violation des bonnes mœurs, et fonder sur cette fiction la rétroactivité de l'art. 141? N'y aurait-il pas atteinte aux bonnes mœurs dans cette confirmation rétroactive? Il paraîtra difficile, peut-être, de donner une réponse absolue, applicable à tous les cas. Si l'atteinte aux bonnes mœurs était le but direct du contrat, le contrat de confirmation qui eût pour objet de faire revivre des résultats juridiques qui n'auraient dû leur existence qu'à un but immoral, serait lui-même un contrat illicite. Mais il n'en serait plus de même, si cette atteinte aux bonnes mœurs ne fût qu'un des éléments accessoires du contrat, et que celui-ci eût un but économique licite qui en expliquât les effets, en dehors du but accessoire illicite. On ne pourrait plus dire que les résultats que les parties se garantissent, pour le passé, répondent à un but qui eût été contraire aux mœurs; ils se justifient par le contenu licite du contrat. Le contrat nouveau, qui tend à réaliser ce contenu, n'a plus rien d'immoral.

§ 4.

45. Cet effet de rétroactivité constitue, comme on l'a vu, une conséquence indirecte, résultant de la déclaration de volonté, celle-ci considérée comme un fait juridique subsistant, bien que le contrat soit nul. Mais cet effet n'est pas le seul; on en a vu un autre sur l'art. 140. Ce dernier s'explique encore, bien que l'acte soit nul, par la valeur juridique maintenue au fait de la déclaration. Celle-ci n'étant pas nulle, ce qu'il faut supposer (Cf. art. 105), il reste possible de trouver, dans les clauses qui la constituent, les éléments d'un contrat valable, répondant au but économique du premier. On en a vu l'explication sur l'art. 140.

46 Mais la question s'élargit. Ces effets indirects de la nullité sont-ils les seuls? On songe immédiatement à la théorie des dommages-intérêts pour nullité de contrat, qui n'est pas spéciale à l'annulabilité (art. 122), puisque l'art. 307 l'applique à un cas de nullité proprement dite; et de même l'art. 119, en tant qu'il se réfère à la nullité de l'art. 118. Dès lors, pourquoi ne l'avoir pas généralisée et appliquée à tous les cas de nullité? Est-ce que, dans tous, il ne peut pas se faire que l'une des parties soit seule

à être responsable de la nullité? Et alors, pourquoi l'autre n'aurait-elle pas le droit de lui demander compte du dommage qui en résulterait pour elle? Le fondement de cette nullité spéciale, tel qu'il a été indiqué sur l'art. 122, n'est-il pas le même, toutes les fois qu'il y a nullité? Est-ce que la partie à qui la nullité est imputable ne devait pas être liée à sa parole? Est-ce que, par le seul fait qu'elle entrait en rapport d'affaires avec l'autre, elle n'était pas engagée à ne rien faire qui pût lui nuire? Est-ce qu'elle ne lui devait pas réparation, pour le préjudice qui pût résulter pour elle d'avoir accepté le marché, et d'avoir cru à sa validité? Pourquoi réduire la partie qui va souffrir de la nullité, lorsqu'elle ne lui est pas imputable, à n'avoir d'autre ressource que celle de la responsabilité délictuelle? Si cette dernière a été jugée insuffisante au cas de nullité pour objet impossible, pourquoi paraître s'en contenter dans les autres hypothèses de nullité?

47. Et, d'ailleurs, ce principe des dommages-intérêts pour nullité d'acte juridique semble bien résulter du système même de la déclaration. Toute la conception impliquée dans ce qu'on est convenu d'appeler la théorie de la déclaration repose, toute entière, sur l'idée de crédit, indépendamment de tout engagement, conscient ou voulu, de la part de l'auteur de la déclaration. Qu'il ait entendu ou non s'engager, sous forme de contrat, formé par voie d'acceptation tacite, comme c'est la tendance française, ou sous forme d'engagement unilatéral, comme c'est la tendance allemande, ce qui est certain c'est que toute déclaration, adressée à un tiers, implique l'idée que la seule volonté dont on tienne compte est celle qui résulte de la déclaration; mais, à l'inverse, que toute volonté, exprimée par la déclaration, est une volonté qui doive produire ses effets juridiques. Si donc elle ne les produit pas, par la faute de celui qui a pris l'initiative de l'acte, forcément celui-ci en doit réparation.

48. Il semblerait, il est vrai, que l'on pût répondre que, dans la plupart des cas de nullité, autres que les hypothèses pour lesquelles la loi a fait application des dommages-intérêts pour nullité de contrat, les deux parties sont en faute, et responsables de la nullité; il s'agit de formes omises ou de clauses défendues. Aucune ne peut se dire avoir ignoré la cause de nullité. Ou alors, s'il s'agit de nullité que l'une des parties avait pu ignorer, comme au cas des art. 443, 476 et autres de ce genre, la nullité est toute dans son intérêt et ne peut lui causer aucun dommage.

49. C'est également ce qui se présente, au moins en général, dans les cas où, la nullité se fondant sur le caractère illicite du contrat,

il puisse arriver que ce caractère n'existe que par rapport à l'une des parties seulement. Par exemple, au cas de contrats usuraires, ce qui nuirait à la victime de l'acte, ce n'est pas la nullité, c'est le maintien du contrat; de telle sorte que les dommages qui pussent lui être alloués représenteront, non pas le préjudice résultant de ce qu'on annule l'acte, mais celui qui ait pu provenir d'un commencement d'exécution du contrat. Ce n'est plus la théorie des dommages-intérêts pour nullité de contrat; et il y sera pourvu en vertu des principes sur la responsabilité délictuelle. De même en serait-il, si l'on supposait un contrat d'exploitation d'autrui, susceptible de rentrer sous la première disposition de l'art. 138, et non sous la seconde; par exemple, le fait, de la part d'une personne, d'avoir accepté un engagement constituant une atteinte à sa personnalité ou à sa liberté individuelle, dans ce qu'elle a d'inaliénable. La nullité est en faveur de celui qui se trouve victime du contrat; le préjudice proviendrait d'un commencement d'exécution du contrat, et non de sa disparition.

50. Cependant, ne pourrait-on pas supposer que la nullité dût causer un préjudice à celui-là même contre lequel le contrat était dirigé? Voici, par exemple, un contrat d'interdiction de concurrence, immoral en soi, mais qui, dans l'espèce, ne nuit en rien à celui qui l'a conclu, en ce sens qu'il ne se trouverait pas en situation de se livrer aux actes de concurrence qu'on a voulu lui interdire, alors que contrat lui profite, par l'équivalent qui lui a été fourni en échange de sa promesse. Il n'y a pas à dire que le contrat soit illicite des deux côtés et que ce caractère doive s'opposer à ce que des dommages soient accordés à celui qui aurait pu, ou dû, en être la victime. On le dirait tout aussi bien de la victime d'un contrat usuraire; et cette objection ne s'oppose pas, cependant, à ce qu'elle ait droit à réparation. Donc, celui qui a fait une promesse nulle, en matière d'interdiction de concurrence, peut être, au moins suivant les cas, s'il y a eu, par exemple, exploitation de son état de gêne, au moment du contrat, en situation de demander réparation, sans qu'on pût lui objecter qu'elle eût participé à l'illégalité de l'acte.

51. Seulement, elle prétendrait se plaindre, cette fois, non pas de l'exécution, mais de la nullité, du contrat. Le pourrait-elle? Assurément, elle ne pourrait pas se plaindre du bénéfice pécuniaire que la nullité lui enlève; car ce bénéfice ne pouvait avoir pour cause que l'exécution d'un contrat que la loi ne reconnaît pas. Mais ne pourrait-elle pas se plaindre, par exemple, d'avoir manqué, par le fait de la conclusion du contrat, un autre marché,

qui, celui-ci eût été licite, il faut le supposer, et dont l'exploitation qu'elle a subie l'a empêchée de profiter? C'est précisément l'un des chefs d'indemnité qui rentrent dans les dommages-intérêts pour nullité de contrat; pourquoi ne pas en tenir compte ici? En d'autres termes, la mesure de l'indemnité ne comprendrait peut-être pas tous les chefs de dommage, admis en matière de nullité de contrat, mais ceux-là seulement qui ne reposent pas sur une possibilité d'exécution, même fictive, du contrat nul.

52. Ils rentreraient, il est vrai, dans les dommages dus en vertu de la responsabilité délictuelle. Mais celle-ci peut être restreinte dans ses conditions d'application ; on peut considérer qu'en certains cas elle exige l'intention (art. 826). Pourquoi ne pas dire, dans les cas où la nullité n'implique pas que la cause de nullité ait été commune aux deux parties, que la responsabilité résultant, non plus de l'exécution, mais de la conclusion, du contrat, incombera, de ce chef, à celui à qui cette conclusion est imputable, et qu'elle lui incombera, non pas en vertu d'un délit civil proprement dit, mais en vertu de la garantie contractuelle, qui est implicitement contenue dans toute déclaration de volonté, adressée à un tiers, en vue d'un acte juridique qu'on lui propose?

53 La question est extrêmement délicate; car le Code civil ne semble admettre la théorie des dommages-intérêts pour nullité de contrat, en tant qu'elle se fonde sur une responsabilité inhérente à la déclaration elle-même, et non sur un délit, que par voie d'applications partielles, et, par suite, essentiellement limitées (art. 122 et 307). Cette observation paraîtra d'autant plus exacte que les deux applications qui en sont faites impliquent toutes deux une théorie différente, l'une de responsabilité purement objective (art. 122), l'autre de responsabilité subjective (art. 307); et que, par suite, si on avait la prétention d'en extraire un principe de responsabilité générale, on ne saurait laquelle des deux règles adopter. On ne pourrait même pas se décider d'après le caractère de la nullité, puisque l'art. 122 applique sa théorie objective, non pas seulement à un cas d'annulabilité (art. 119), mais à une hypothèse de nullité proprement dite (art. 118), alors que la théorie subjective de l'art. 307 vise également un cas de nullité.

54. Il est, cependant, incontestable que les principes sur lesquels repose la théorie de la *culpa in contrahendo* rayonnent bien au-delà des applications qui en ont été faites par le Code civil. La théorie, ainsi partiellement acceptée, repose sur l'idée que toute déclaration de volonté, adressée à un tiers en vue d'un acte juridique peut, même si elle est nulle, et peut-être même, surtout si

elle est nulle, lui causer un préjudice qui engage la responsabilité contractuelle de celui qui a pris l'initiative de la déclaration ; non pas, parce qu'il y aurait, de ce chef, un délit ou quasi-délit à sa charge, mais parce qu'il y a engagement, qui n'est peut-être pas forcément contracteul, il est vrai, mais engagement par déclaration de volonté, et existant par le seul fait de la déclaration, comme en matière d'engagement par voie de déclaration unilatérale (art 657 suiv.). Et, ce qui prouve que le Code civil a accepté cette conception d'un engagement résultant du seul fait de la déclaration, en ce qui concerne la garantie et la responsabilité qui en découlent normalement, en vue de la loyauté des transactions privées, c'est que l'art. 145 rend déjà cette déclaration, s'il s'agit d'une offre, irrévocable en elle-même, au moins pendant un délai approximativement fixé, et indépendamment de toute acceptation contractuelle. De même, la loyauté et la bonne foi exigent, en matière de contrat nul, que, toutes les fois que la partie qui va souffrir de la nullité n'était pas censée avoir accepté les risques de la nullité, et ne pouvait être considérée comme en étant responsable vis-à-vis d'elle-même, elle devrait avoir droit à indemnité, en vertu du seul fait de la déclaration dont elle a été victime, si elle peut établir qu'elle a été trompée, ou exploitée, par le fait de cette déclaration. Il va de soi, d'ailleurs, que le principe, ainsi formulé, suppose une déclaration librement donnée; sinon, l'engagement unilatéral, accessoire au contrat, et inclus dans la déclaration, tomberait avec elle; et il en serait ainsi au cas de déclaration annulée pour cause de violence. Cette hypothèse à part, on aurait pu comprendre une théorie purement objective, qui, dans tous les cas, mît la responsabilité à la charge de l'auteur de la déclaration, indépendamment de toute faute de son chef, par le seul fait qu'il ait accepté les risques de son initiative. Le Code civil n'admet cette conception qu'à titre exceptionel, dans les cas des art. 118 et 119. Mais, lorsqu'il s'agit de nullité proprement dite, le Code civil revient au principe de la faute subjective ; il n'impose de responsabilité qu'à celle des parties qui est en faute, soit pour avoir connu, soit pour avoir dû prévoir, la nullité. Et, de même, faut-il que la partie demanderesse n'ait pas une faute analogue à se reprocher. On peut supposer, par exemple, que celui qui avait proposé le contrat, et qui était tenu d'en connaître toutes les conditions, ne se soit pas aperçu de l'impossibilité de l'objet. Si l'autre partie n'est pas en faute de ne l'avoir pas connue, cette dernière aura droit aux dommages-intérêts pour nullité de contrat (art. 307). Bref, le Code civil revient, dans ce cas, à ce qu'il considère, quant

à lui, comme le principe de droit commun, celui d'une responsabilité subjective de l'auteur de la déclaration.

55. On peut donc poser en principe que celui qui fait une déclaration, par laquelle il est en faute, pour violation des obligations imposées par l'usage et la bonne foi en matière de transactions, de n'avoir pas prévu le dommage qu'il pouvait, par ce fait seul, causer à celui auquel il s'adressait, sera obligé, envers ce dernier, à réparer les dommages provenant du seul fait qu'il y ait déclaration à lui adressée dans ces conditions; et, si l'art. 307 n'a fait application de ces principes qu'à propos de l'impossibilité de l'objet, c'est qu'il a considéré, sans doute, que c'était le seul cas de nullité dans lequel la cause de nullité pût être inconnue de l'une des parties; alors que, si toutes deux la connaissent ou doivent la connaître, aucune responsabilité de ce genre n'incombe à aucune d'elles, sauf le cas de délit proprement dit (art. 826). Or, cette conscience commune de la nullité se retrouvera dans tous les cas de nullité pour clause prohibée. Mais la question était de savoir s'il n'y avait pas, au moins, une hypothèse dans laquelle même le fait d'avoir connu, ou dû connaître, la nullité ne serait pas un obstacle à ce que la victime de cette dernière demandât réparation, en dehors de toute question de délit. C'était quand elle-même avait été victime d'une exploitation de sa propre personne, condamnée par l'art. 138. On ne peut plus dire alors qu'on puisse lui imputer, pour une part, la responsabilité du préjudice qu'elle subit. Il n'y a plus égalité de responsabilité et coparticipation aux risques. Et, dès lors, ce fait de coparticipation étant écarté, plus rien ne s'oppose à l'application du principe de droit commun, d'après lequel celui qui fait une déclaration de volonté, en vue d'un acte juridique, est responsable de toute faute, de sa part, qui fût cause que la conclusion du contrat, prise en tant que simple fait matériel, entraînât un dommage pour l'autre partie.

56. Si ce principe est vrai, il faut aller plus loin encore et suivre l'indication donnée au sujet de l'art. 118 (art. 119), en ce sens que l'engagement relatif à la responsabilité repose moins sur le fait d'avoir donné une déclaration valable (Cf. art. 118), que sur le fait d'avoir pris l'initiative d'une déclaration, pourvu qu'on fût capable de s'engager par un fait de volonté, et que la volonté eût été libre. Quiconque fait une déclaration qui, d'après les apparences, dût passer pour sérieuse et qui dût avoir le sens normal qu'elle paraît présenter, s'engage, même contre sa volonté, à tous les risques qui résulteraient, pour le

destinataire, des fautes provenant de l'initiative juridique prise à l'égard de celui-ci, pourvu que ces risques ne fussent pas connus, ou qu'ils ne dussent pas être connus, de l'autre partie; et cette dernière réserve s'appliquerait au cas des art. 116 et 117. Aussi, faut-il en conclure que, même l'inexistence du contrat ne devrait pas toujours mettre obstacle à cette responsabilité, inhérente à la déclaration, pourvu que la partie non responsable de la non-conclusion du contrat n'ait aucune coparticipation à se reprocher au point de vue de l'inexistence de l'acte. Et l'art. 155 peut en fournir un exemple frappant. Il peut très bien se faire, en effet, que l'une des parties ait toute raison de croire l'accord intervenu sur tous les points du contrat, tous ceux, du moins, qu'elles considéraient, toutes deux, comme essentiels, alors que le défaut d'acceptation de l'une de ces clauses par l'autre contractant se trouve être un fait établi. Le contrat n'est pas conclu; la partie qui va souffrir de ce défaut de conclusion du contrat pourra demander réparation pour nullité de contrat, parce que toute faute commise par l'un des contractants, à l'égard de l'autre, dans les actes qui constituent la négociation du contrat, entraîne responsabilité contractuelle à l'égard de la partie lésée. Il y a comme un avant-contrat de garantie qui se forme, pourvu que les parties soient capables, indépendamment de l'existence, ou de la validité du contrat que l'on voulait conclure.

57. Que ce défaut de consentement, sur l'un des points essentiels, résultât d'une erreur d'interprétation des parties, dans le cas où cette discordance pût être admise, en tant que l'équivoque serait inhérente à la déclaration elle-même (cf. note sur art. 119 et 133), le contrat serait considéré comme non conclu; il n'aurait pas besoin d'être annulé pour erreur. Et, cependant, il serait dans les conditions de l'annulabilité pour erreur et des dommages-intérêts qui en résultent, d'après l'art. 119. Dirait-on que ces dommages-intérêts vont être exclus, parce que la sanction de la loi se trouve être plus sévère, nullité au lieu d'annulabilité? Ce serait invraisemblable. Dira-t-on que l'art. 119 s'appliquerait cumulativement avec le principe de nullité, en ce sens que celui dont l'interprétation n'aurait pas été acceptée pourrait attaquer pour erreur sa déclaration à lui, offre ou acceptation, et faire considérer le contrat, à la fois comme nul en vertu de l'art. 155, et annulable en vertu de l'art. 119. L'annulation serait alors nécessaire pour donner ouverture aux dommages-intérêts de l'art. 122. Ce serait, il faut en convenir, une cause de surprise, assez étrange, pour la partie qui, s'apercevant de la nullité

du contrat, croirait n'avoir pas à subir les formalités et délais de l'annulation pour erreur (art. 121, art. 143), et qui risquerait, ainsi, de se trouver déchue de tout droit aux dommages-intérêts de l'art. 122. Qu'il en soit ainsi, pour que l'on puisse invoquer la responsabilité objective de l'art. 122, cela peut se soutenir. Mais écarter de ce chef toute application du principe général, d'après lequel celui qui commet une faute dans les actes destinés à la conclusion d'un contrat, même si celui-ci ne se réalise pas, est responsable, de ce chef, par voie de responsabilité contractuelle, serait une conséquence inadmissible, et incompatible avec toutes les conceptions d'ensemble, et toute l'économie du nouveau Code civil.

58. Mais, peut-être, aussi, est-ce le lieu de remarquer l'intérêt, au moins doctrinal, qu'il peut y avoir à soustraire, enfin, cette théorie des dommages-intérêts pour nullité de contrat au domaine de la responsabilité délictuelle. On imagine assez difficilement, en effet, là où la nullité serait purement judiciaire, comme pour les nullités relatives du droit français, que l'on puisse encore parler de délit ou quasi-délit commis dans la conclusion du contrat; car, s'il y a délit ou quasi-délit à être cause de la nullité, la meilleure réparation de la faute délictuelle, du moment que la nullité n'existe plus de plein droit, et qu'elle est à la disposition de la partie responsable du prétendu délit, n'est-elle pas, avant tout, de ne pas causer le dommage que l'on sera obligé de réparer? Ne serait-elle pas, par conséquent, sous réserve, bien entendu, d'une preuve à faire, et qui serait la preuve du délit, la suppression de l'action en nullité? Et, logiquement, dans cette conception, ne devrait-on pas en venir à dire que, à l'égard des tiers de bonne foi, l'annulation, de la part de celui qui est en faute d'avoir causé la nullité, ne devrait pas être admise, puisqu'elle va permettre à l'auteur du délit, ou du quasi-délit, de faire supporter le dommage de son propre délit à des personnes auxquelles aucune faute n'est imputable? En tout cas, permettre l'action en nullité à l'auteur du délit, et l'obliger ensuite à réparation, c'est le plus manifeste des cercles vicieux.

59. Sur le fondement de la responsabilité contractuelle, au contraire, l'engagement de réparer le dommage n'est pris que sous réserve du droit d'opposer la nullité, là où elle dépend d'une déclaration de l'intéressé. Et, d'ailleurs, si cette idée d'engagement tacite, même unilatéral, paraît encore quelque peu factice, en tant qu'elle repose sur une fiction et sur une présomption purement artificielle, n'est-ce pas le cas de revenir aux idées si vivement

mises en relief par M. Duguit, dans son beau livre sur *l'État, le droit objectif et la loi positive*? Pourquoi vouloir faire dépendre tous les droits subjectifs d'un acte de la volonté individuelle, comme si la volonté créait le droit? Le droit est créé par un lien de concordance avec les exigences sociales, et en ce sens il est toujours objectif que l'on y voie un lien de solidarité ou une loi de moralité sociale, peu importe; la volonté n'est un instrument de création juridique que dans la mesure où elle s'adapte à ces nécessités objectives supérieures, qui sont l'élément créateur du droit. Et, là où la volonté n'a pas entendu se plier à ces nécessités objectives, ce sont celles-ci qui la feront plier à leurs exigences. La loi a une conception du contrat qui domine la conception que s'en fait la volonté individuelle. Là, où cette dernière entre en rapport de contrat, elle doit donc accepter les exigences objectives, imposées par la loi sociale; et, parmi ces exigences, se trouve la nécessité de se porter garant de toute nullité dont on eût assumé le risque.

60. Il semble donc qu'en définitive il faille revenir, purement et simplement, et toute construction juridique à part, à ce dont le droit paraît avoir le plus de méfiance, à dire : « Cela est, parce que cela est juste. Les juristes veulent pouvoir dire : « Cela est juste, parce que cela a été voulu. » Il faut désormais que l'on dise : « Cela doit être voulu, parce que cela est juste. » Reste, il est vrai, à déterminer pourquoi les choses sont justes; et il faut reconnaître que c'est une tâche un peu moins facile que de constater qu'elles ont été voulues; mais, de cette détermination aussi, dépendra la portée d'application des dispositions légales, et le caractère des conditions mises à leur admissibilité (cf. sur tous ces points GÉNY, *Méthode d'interprétation*, p. 580 et suiv.). C'est là, précisément, ce qui doit avoir lieu pour la responsabilité des contractants, l'un vis-à-vis de l'autre, au cas de nullité. Il faut déterminer pourquoi cette responsabilité est juste; de là résultera la détermination des cas dans lesquels il sera juste de l'admettre, et des conditions sous lesquelles il faudra l'admettre. Ce qui paraît tout à fait inacceptable, c'est de croire qu'on puisse en limiter l'application à certains cas de nullité, sans qu'on puisse l'admettre pour aucun autre. De ce que le Code civil en a strictement énuméré les cas d'application, il ne s'ensuit pas que la logique juridique soit empêchée de faire son œuvre, et qu'elle ne puisse pas se demander pour quelles raisons de justice on a admis cette responsabilité dans tel ou tel cas précis; et, lorsqu'elle se le sera demandé, rien ne pourra empêcher qu'elle étende cette même application d'un principe de justice à tous les cas analo-

gues. Seulement, ce sera à la doctrine à préciser quels seront ces cas, et sous quelles conditions cette extension pourra avoir lieu (sur tous ces points, d'une façon générale, voir la thèse de M. LEGROS, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats*, Dijon, imprimerie Jacquot et Floret, 1900; cf. MONICH, *Willenserklärung und Rechtsgeschäft*, p. 19-20 et p. 141, et PAUL OERTMANN, *Die Volkswirtschaftliche Bedeutung des B. G B.*, p. 33-34).

61. Quoi qu'il en soit, au point de vue du Code civil allemand, la question peut être discutée; et elle ne manquera pas, sans doute, de donner lieu à controverse.

Art. 142. — Lorsqu'un acte annulable est frappé d'annulation, il doit être considéré comme s'il avait été nul dès l'origine.

Celui qui connaissait, ou devait connaître, l'annulabilité doit être traité, une fois l'annulation réalisée, comme le serait celui qui aurait connu, ou dû connaître, la nullité d'un acte nul.

1. L'art. 142 aborde la seconde catégorie admise en matière de nullité, c'est-à-dire l'annulabilité. L'histoire de cette dernière conception remonte à la *Restitutio in integrum* du droit prétorien; elle constitue l'une des phases, et non des moins intéressantes, de la réaction de l'équité juridique contre le *strictum jus*. Cette mesure apparaissait, en effet, comme un remède d'équité, laissé aux mains du juge, pour venir au secours des intérêts en souffrance, lorsque le dommage qui les menaçait venait d'un acte accompli dans des conditions susceptibles de violer l'équité. Aussi, les cas d'application, comme la portée des effets, de ce remède prétorien étaient-ils laissés à l'appréciation du juge. Et, pour ne parler que des effets, on sait combien l'étendue qui leur était accordée était différente, au moins en ce qui concerne les personnes contre qui la *Restitutio* pouvait être prononcée, suivant qu'il s'agissait de dol, de violence, ou d'erreur. Quoi qu'il en soit, on s'habituait à l'idée que, à côté des causes de nullité, tirées de la violation des éléments essentiels au contrat, ou d'une atteinte à certains principes d'ordre public, il devait y avoir, pour la protection de certaines personnes, un moyen mis à leur disposition exclusive, et destiné à servir de recours contre les pièges qui leur auraient été tendus, ou même contre ceux que, par inadvertance, ils se seraient tendus eux-mêmes. Cette idée conduisait à faire admettre, peu à peu, deux nuances, très nettement distinctes de la conception régnante en

matière de nullité : la première que l'acte n'était pas nul de plein droit, en ce sens que la loi ne croyait pas devoir, de sa seule autorité, lui enlever ses effets, mais qu'elle laissait à un intéressé, en particulier, le soin de se prévaloir ou non, à son gré, de la nullité, donc de faire tomber l'acte ou de le maintenir; ce qui impliquait une initiative, une démarche positive, judiciaire ou extra-judiciaire, prise par l'intéressé, en vue d'annuler l'acte, et, pour l'attaquer, une attaque dirigée contre lui, une destruction de l'acte, disons une annulation; la seconde, que ce droit d'annulation n'était certainement pas accordé à tout le monde, et, par suite, à tous ceux qui pussent avoir intérêt à la nullité, et que, même, il pouvait n'être pas donné contre tout le monde, c'est-à-dire contre tous ceux qui pussent avoir à retirer quelque effet de droit de l'acte lui-même : ce qui aboutissait à la conception d'une nullité simplement relative, telle qu'elle a été construite et admise sur le terrain du droit français.

2. La nullité relative du droit français implique un procédé judiciaire d'annulation, donc une action en nullité, ou, suivant les cas, une exception tirée de la nullité, lorsqu'il s'agit d'un débiteur dont l'obligation soit née de l'acte annulable, si le créancier le poursuit sur le fondement de cet acte. Elle implique, en outre, que cette action en nullité n'appartienne, et c'est le point de vue actif, qu'à certaines personnes que la loi ait voulu spécialement protéger; de là, par conséquent, la possibilité, pour elles, de renoncer à cette action en nullité, ce qu'elles peuvent faire par la confirmation, celle-ci devenant ainsi un acte unilatéral de renonciation à un droit, au lieu de se réaliser par une reconnaissance contractuelle de l'acte initial. Et c'est la troisième caractéristique de la nullité relative, qui en a encore une quatrième, issue de la précédente, la confirmation tacite, sous forme de prescription spéciale de l'action en nullité. Quant au point de vue passif, et, par conséquent, à l'effet de relativité spéciale, qui pût exister, de ce chef, à l'égard des tiers contre lesquels la nullité serait invoquée, après certaines hésitations sur quelques points particuliers, comme celui de la nullité pour dol, on a fini par admettre que, même dans les cas où la nullité ne serait admise qu'à l'encontre de celui, ou de ceux, qui avaient été partie à l'acte, elle aurait, une fois prononcée, les effets absolus de la nullité absolue, et pourrait, par suite, réagir à l'encontre de tous ceux qui tiendraient leurs droits du contrat, directement ou indirectement, et cela même à l'encontre des tiers ayants-cause des parties. Il est vrai que ce principe de relativité peut aussi se faire jour d'une

autre façon et sur un autre point, celui de l'autorité relative de la chose jugée, et qu'il s'agit de savoir dans quelle mesure le jugement prononçant la nullité puisse être opposable à l'un des intéressés, tenant ses droits de l'acte annulé, mais n'ayant pas été partie au jugement : question qui peut se poser à l'égard des intéressés directs ou indirects ; directs, s'il s'agit de parties, tenant de l'acte lui-même les droits qu'elles invoquent, comme ce serait le cas de plusieurs acquéreurs ayant acquis une chose solidairement, alors qu'un seul fût mis en cause dans l'action en nullité ; et indirects, s'il s'agit de tiers proprement dits, ou d'ayants-cause, ayant acquis la chose, à titre de sous-acquéreurs, de l'une des parties au contrat. Mais, quelle que soit la portée de cette question, elle ne touche qu'au point de savoir qui l'on doit mettre en cause dans l'action en nullité ; elle ne modifie en rien le principe que la nullité puisse être opposée à tous, et invoquée contre tous, au besoin, d'ailleurs, sous la forme d'intervention à l'action principale, et cela même contre les tiers, sous-acquéreurs et ayants-cause des parties.

3. On peut bien dire que, sauf une question de forme, qui a, il est vrai, une importance capitale, c'est bien encore, sinon cette conception théorique, mais ses résultats de fait, et c'est le seul point qui compte, qui ait été admis par le Code civil allemand. On n'a pas été sans le reconnaître (cf. CROME, § 80 not. 22, p. 349).

4. Comme idée générale, en effet, l'annulabilité du nouveau droit allemand n'est admise que pour certains vices particuliers, et au profit de certaines personnes limitées, que la loi ait en vue de protéger. Les art. 142 à 144, qui contiennent la théorie générale de l'annulabilité, n'indiquent pas à qui appartiendra le droit d'annulation ; ce point est réglé pour chaque cas spécial, aux art. 119 à 121, pour ce qui est de l'erreur, dans les art. 123 et 124, pour le cas de dol. Ce droit exige, pour être exercé, une démarche positive émanant de l'ayant-droit ; et, cette fois, il est vrai, elle se réalise par acte juridique, de caractère privé, au lieu d'emprunter la forme d'un procédé judiciaire : c'est l'innovation la plus caractéristique du nouveau Code en cette matière. Mais, une fois déclarée, l'annulation a les effets de la nullité proprement dite, comme on pourrait dire, en droit français, que la nullité relative, une fois prononcée, a tous les effets de la nullité absolue : elle est donc rétroactive ; et sa rétroactivité vaut, à l'égard des tiers, au point de vue des rapports de droit réel, comme à celui des droits personnels. Le Code civil allemand, qui, avec raison, a exclu la rétroactivité en matière de condition, n'a pas cru devoir donner

au crédit public la même satisfaction en matière d'annulabilité : celle-ci est mise sur le même pied que la nullité. Il est vrai que les sous-acquéreurs de bonne foi seront protégés par les garanties admises pour chaque mode de transmission, lorsqu'il y a acquisition de bonne foi. Il en est ainsi, également, lorsqu'il s'agit de nullité proprement dite; et l'acte annulable, une fois annulé, équivaut à un acte nul: l'art. 142 § 2 le dit positivement. D'ailleurs, il ne faudrait pas croire que l'opposition apparente, établie avec les effets de la condition réalisée, soit aussi complète qu'elle pût sembler; puisque le défaut de rétroactivité de l'art. 158 n'exclut pas le principe de réalité à l'égard des tiers (art. 161). De même, enfin, l'annulabilité admet-elle la confirmation, expresse ou tacite; et si, grâce au changement de forme introduit par l'art. 143, elle n'admet plus la prescription, encore est-elle enfermée, en ce qui touche le droit de la faire valoir, dans des délais très courts, indiqués aux art. 121 et 124. Ce sont, à peu près, les résultats de fait du droit français.

5. Quant à la conception théorique à adopter, pour expliquer tout cet ensemble de résultats, elle est encore assez peu explicite et se réduit surtout à une série d'images ou d'analogies. Les Motifs parlaient d'un rapprochement avec la condition résolutoire, l'acte étant valable, mais résoluble par le fait de l'une des parties, sous les conditions de causes, de formes et de délais, établies par la loi (I, p. 219). Ce n'est qu'une analogie. Ce serait donc une nullité conditionnelle. D'autres parlent d'une nullité voilée, ou cachée, incluse dans l'acte, et qu'il appartienne à l'une des parties de mettre au jour ou de rejeter définitivement dans l'ombre; et par là s'expliquerait, au moins théoriquement, le procédé de pur caractère privé admis pour l'annulation. Celle des parties à qui appartienne le droit de déclarer ou de dénier la nullité, aurait, pour exercer son choix, deux procédés de forme identique, l'un la déclaration unilatérale d'annulation, l'autre la déclaration unilatérale de confirmation. Ce qui ne veut pas dire qu'il dépende d'un particulier d'être l'auteur de la nullité d'un acte, supposé valable aux yeux de la loi. C'est encore la loi qui reconnaît virtuellement la nullité; seulement elle investit l'intéressé du droit de la prononcer à sa place ou d'y renoncer. Telle est la conception d'Endemann (p. 320, § 75). D'autres explications ont été proposées (cf. Léonhard, p. 431). Celle qui semble se rapprocher le plus sensiblement de l'évolution historique de l'institution serait encore celle qui consiste à dire que, s'agissant de causes de nullité de caractère accessoire, et susceptibles d'être admises uniquement dans l'intérêt

de l'une des parties, en particulier, il y ait nullité, non pas voilée ou conditionnelle, mais laissée à l'appréciation de l'intéressé. C'est à lui qu'il appartient d'apprécier si le vice est tel que l'acte, qui en est entaché, doive être assimilé à un acte nul, ou encore si le dommage que lui-même en éprouve fait que, à son point de vue, l'acte doive être traité comme nul, et qu'il soit contraire à la bonne foi d'en imposer, à lui-même tout au moins, et le maintien et l'exécution. C'est une nullité dont la cause est éventuellement, et virtuellement, établie par la loi, mais dont l'évaluation, en tant qu'il s'agit du degré d'appréciation de cette cause elle-même, dépend de l'intéressé. C'est à ce dernier, sous les conditions admises par la loi, de déclarer s'il y a ou non nullité, donc de déclarer la nullité; et, sous ce rapport, le nouveau système d'une annulation par voie de déclaration privée, sans autre intervention judiciaire, se justifie très bien et s'explique admirablement, au moins sous le rapport théorique, si ce n'est également au point de vue pratique.

6. Il faut rappeler, d'ailleurs, pour permettre de compléter la comparaison qui s'impose avec le système des nullités du droit rançais, que l'annulabilité ne s'applique pas à l'acte du mineur ou des incapables en général, à supposer, bien entendu, qu'il s'agisse d'incapacité partielle. On sait, s'il s'agit d'acte unilatéral, qu'il est considéré comme inefficace, ce qui équivaut à la nullité absolue; et, en matière de contrat, l'efficacité de l'acte dépend d'une ratification, soit du représentant légal, soit de l'incapable, une fois sa capacité recouvrée; et l'autre partie, comme en droit français, n'est pas admise à en invoquer la nullité. Celle-ci dépend, en somme, d'un refus de ratification, de sorte que, dans ce cas également, elle vaut en tant que nullité initiale. On échappe donc à toutes les complications qui dérivent, en matière d'annulabilité proprement dite, de la nécessité d'un acte positif, destiné à déclarer l'annulation; et, de cette nécessité, comme on va le voir, est née la question de savoir à qui cet acte devrait être adressé, problème extrêmement complexe, auquel essaie de répondre l'art. 143. Il n'y a plus, au contraire, à prendre l'initiative d'un acte positif pour faire apparaître la nullité; c'est, à l'inverse, pour produire l'efficacité, qu'un acte doit intervenir, la ratification. On voit combien le système est différent de celui de l'annulabilité du droit allemand, et combien il échappe à toutes les complications de procédure du droit français.

7. Revenant à l'annulabilité, il faut ajouter que la théorie qu'en exposent les art. 142 à 144 ne s'applique qu'à l'annulabilité du

droit civil, et non aux différentes catégories de nullités qui, tout en portant le même nom dans des lois spéciales, pourraient cependant produire des effets très différents. Ce serait le cas, par exemple, de l'annulabilité du droit commercial, pour les actes accomplis avant l'ouverture de la faillite, et qui peuvent être attaqués, au profit de la masse, et déclarés sans effets à son égard. L'annulation qui en est faite n'est prononcée qu'à l'égard de la masse et ne produit pas d'effets réels; elle n'agit que sous le rapport personnel, en obligeant ceux contre qui l'annulation est déclarée à remettre les choses en l'état antérieur, donc à détruire, en quelque sorte, l'exécution du contrat par voie de restitutions et de prestations, ayant la valeur d'obligations personnelles, sans que les effets de droit réalisés fussent de plein droit effacés et ramenés à l'état antérieur (*Konk. Ordn.*, art. 29 et suiv., art. 37). Les transmissions et constitutions de droits réels ne sont pas atteintes par l'annulation. Ce n'est plus le système de l'art. 142 du Code civil.

8. L'annulabilité du Code civil a donc cet effet d'assimiler l'acte annulable, une fois l'annulation déclarée, à l'acte nul, ce qui veut dire que l'acte, à partir de son origine, doit être considéré comme s'il n'eût jamais existé; et il en est ainsi, aussi bien dans les rapports avec les tiers qu'à l'égard des parties entre elles. L'annulation ne peut donc être prononcée que par celui à qui le droit en a été conféré par la loi; mais, une fois ce droit exercé, l'acte équivaut à un acte nul. L'annulabilité n'est annulabilité que par rapport à sa mise en œuvre; par rapport à ses effets, elle est nullité.

9. Et les Motifs, sur l'art. 112 P[1], insistent, avec détails, sur les effets qui pourront en résulter. En ce qui concerne les parties, les transmissions intervenues se trouveront annulées de plein droit. Les droits transférés, cédés ou constitués, seront considérés comme ne l'ayant jamais été; ou ils seront censés n'avoir jamais existé, s'il s'agit de constitutions de servitudes, par exemple; ou ils seront censés n'avoir jamais cessé d'appartenir au patrimoine d'où ils provenaient, au cas de transferts de droits. S'il s'agit, par hypothèse, de propriété mobilière, la chose va appartenir à nouveau à celui qui l'avait aliénée, sans qu'il soit besoin d'un nouveau transfert en sens inverse; elle sera censée n'avoir jamais cessé de lui appartenir. En matière d'immeubles, s'il y avait eu inscription aux registres, le contenu de l'inscription se trouve devenu inexact, et il y aurait lieu à l'application de l'art. 894. S'il y a eu cession de créance, le cédant reprend de plein droit sa qualité

de créancier. Il n'y a aucune difficulté sur tous ces points. Au cas de cession de dette, la dette éteinte se trouverait n'avoir jamais cessé d'exister. Or, les mêmes effets se produiraient encore, si le droit ainsi transmis avait fait l'objet d'une seconde transmission, et qu'il y eût à les invoquer à l'encontre d'un sous-acquéreur. Seulement, il importe de rappeler les protections accordées aux tiers de bonne foi (cf. note sur art. 135); par exemple, par l'art. 407, en matière de cession de créance; par les art. 892 et 893, pour les transmissions immobilières inscrites aux livres fonciers; par l'art. 932, pour les acquisitions de choses mobilières; et autres dispositions de ce genre (cf. Pl. sur l'art. 135, I p. 188).

10. Au surplus, pour établir la bonne foi, il ne suffit pas toujours, de la part du sous-acquéreur, d'avoir ignoré le défaut de droit de l'aliénateur, et par suite la nullité de l'acte duquel il tenait son droit. L'ignorance qu'en aurait eue le cessionnaire, ou, d'une façon générale, le sous-acquéreur, si elle est due à une négligence, est exclusive de la bonne foi au sens de la loi; c'est le cas, par exemple, de l'art. 932. C'est ce que la loi entend, lorsqu'elle déclare que, pour être de bonne foi, il faut n'avoir pas connu, ou n'avoir pas dû connaître, tel ou tel fait. Ce principe devait s'appliquer, sans hésitation, à la nullité proprement dite. Pour être un tiers de bonne foi, il fallait n'avoir pas connu, et n'avoir pas dû connaître, la nullité de l'acte d'acquisition de son auteur. Or, il allait de soi que la même règle devait s'étendre au cas où cet acte d'acquisition, au lieu d'être nul, eût été annulable. Il fallait n'avoir pas connu, et n'être pas en faute de n'avoir pas connu, cette annulabilité. Il ne faudrait pas dire qu'il pût suffire de n'avoir pas connu l'annulation une fois prononcée. A ce moment, d'ailleurs, l'acte est devenu un acte nul; et il n'y aurait qu'à appliquer les règles admises, sous ce rapport, pour ce qui est de la nullité. Mais, si l'acquisition, comme ce sera le cas ordinaire, a été faite avant l'annulation, c'est la cause d'annulabilité que, pour être de bonne foi, il faut avoir ignorée. Car, sinon, il est clair qu'on en accepte les risques. Il importait que cette assimilation fût faite, sous ce rapport, entre annulabilité et nullité, et qu'elle fût faite par une disposition de loi, afin qu'on ne fût pas tenté de croire qu'il eût suffi d'avoir ignoré l'annulation, si elle était déjà réalisée, pour être de bonne foi. On avait demandé, à plusieurs reprises, et à l'occasion des différentes matières où la loi eût parlé d'une obligation d'ignorer, ou plutôt d'avoir ignoré et dû ignorer, la nullité, de s'exprimer au sujet de l'annulabilité. Par exemple, à propos des actes faits par un représentant sans pou-

voirs, ou dont la procuration fût nulle (art. 179, cf. Pr. I. 164-166). Chaque fois que la question se présentait, on constatait que l'assimilation s'imposait, (cf. Pr. III p. 211, 214), et qu'il n'y avait guère à supposer, comme on avait paru le craindre tout d'abord (cf., Pr. I p. 127), qu'il se présentât quelque cas exceptionnel, où l'on dût faire une différence sous ce rapport, et dans lequel, par exemple, on dût se contenter de l'obligation de connaître l'annulation seulement, celle-ci une fois acquise, là où l'on eût exigé que l'on connût la nullité, c'est-à-dire le vice initial de l'acte, s'il se fût agi d'un acte nul. Aussi, se décida-t-on, à propos de la discussion sur l'art, 877 P[1] (art. 932), à revenir à la proposition, déjà faite (Pr. I, 127), de formuler, sur l'art. 142, un principe général d'assimilation, pour tous les cas où la loi, en matière de nullité, pût attacher certains effets à l'ignorance de la nullité. On déclara que, dans tous les cas où cela pût se présenter, il faudrait en dire autant de l'annulabilité; et le texte a bien soin de parler d'annulabilité, et non d'annulation (art. 142 § 2). Seulement, bien entendu, l'effet de cette connaissance du vice initial, ou de cette ignorance fautive à son égard, ne se produira qu'après l'annulation prononcée; et c'est encore ce que dit le texte. Ce qu'il fallait ne pas connaître, c'était l'existence du vice constituant l'annulabilité; si on l'a connu, et que l'annulation intervienne, on sera traité comme on le serait si, à supposer que l'acte eût été nul, et non annulable, on eût connu la nullité.

Art. 143. — L'annulation s'opère par voie de déclaration adressée à la partie adverse à l'annulation.

Est partie adverse à l'annulation, dans un contrat, l'autre partie contractante, et, au cas prévu par l'art. 123, § 2, 2°, celui qui a acquis un droit immédiat du contrat.

Dans un acte juridique unilatéral, lorsqu'il était de ceux qui dussent être faits à l'égard d'une autre personne, celle-ci est la partie adverse à l'annulation. Il en est de même d'un acte qui pût être fait, soit à l'égard d'une autre personne, soit à l'égard d'une autorité, et cela alors même qu'en réalité il eût été fait vis-à-vis de cette dernière.

Dans un acte unilatéral d'une autre espèce, la partie adverse est toute personne qui, sur le fondement de cet acte, ait acquis directement un avantage juridique. Si cependant la déclaration de volonté constitutive de l'acte devait être adressée à une autorité, l'annulation peut se faire par déclaration adressée à la même autorité; celle-ci doit faire part de l'annulation à quiconque avait été visé directement par l'acte juridique.

1. L'art. 143 traite des formes de l'annulation et de sa portée par rapport à ceux à l'égard de qui elle soit opposable. C'est le texte capital de la matière.

§ 1.

2. Jusqu'alors, l'annulation s'était réalisée par un procédé judiciaire, sous forme d'action, permettant à celui à qui la nullité appartienne de prendre les devants pour faire tomber l'acte, et sous forme d'exception, lui permettant, s'il est poursuivi en vertu du contrat annulable, d'en opposer l'annulabilité. En tant qu'il s'agissait de l'action, elle était soumise aux délais ordinaires de la prescription. Mais, l'exception était généralement considérée comme perpétuelle; de sorte que celui qui était sous le coup d'une déclaration d'annulabilité pouvait, si son adversaire ne prenait pas les devants, rester indéfiniment dans l'état d'incertitude, provenant du vice auquel l'annulabilité était due, et se trouver, par suite, à perpétuité, sous la menace d'une rupture du contrat, s'il s'avisait d'en demander l'exécution; et cela alors même qu'il eût été autorisé à croire que le silence de l'autre partie pût équivaloir à une renonciation à la nullité. Il est vrai que l'inconvénient de cet état d'insécurité pouvait être atténué, d'abord par l'admission de la confirmation tacite, si l'on pouvait conclure, du silence de l'ayant-droit, à sa renonciation; et ensuite, par l'action en constatation et fixation d'un droit, sorte de reconnaissance judiciaire qui permettait à celui, par exemple, qui fût exposé à une déclaration judiciaire d'annulabilité de faire trancher par justice la question de savoir si ce droit à annulabilité existait, c'est-à-dire si les conditions légales de l'annulabilité se trouvaient réalisées (C. Pr. civ., art. 256). L'intéressé pouvait, de cette façon, lorsqu'il était menacé d'annulabilité, et qu'il eût tout lieu de croire que ce fût à tort, faire trancher, sans plus attendre, la légitimité des prétentions de son adversaire. Si donc il était établi que celles-ci fussent sans fondement, il pouvait enlever, pour l'avenir, toute portée pratique aux menaces qu'il aurait pu avoir à subir. Il est vrai que, s'il était jugé que celles-ci étaient fondées et, que, d'autre part, son adversaire refusât de prendre parti, l'autre restait plus que jamais à sa merci, tant que la prescription n'était pas accomplie, en tant qu'il se fût agi de l'action en nullité, et même à perpétuité, si cet adversaire n'eût aucun droit de créance à exercer, en vertu du contrat, mais uniquement des obligations à subir, pour lesquelles il pût lui suffire d'attendre la poursuite et de la repousser par

voie d'exception. Le plus gros inconvénient de cet état de choses était que les menaces les plus formelles, et les plus réitérées, de la part de celui qui eût droit à l'annulabilité, les affirmations, de sa part, les plus précises, de l'existence d'un vice qui rendît l'acte annulable, et l'assurance, donnée par lui, de vouloir invoquer cette cause d'annulabilité, ne constituaient aucune option définitive, et ne l'engageaient à rien, tant qu'il n'avait pas donné à ses prétentions la forme d'un procédé judiciaire. Son adversaire était à sa merci, alors, le plus souvent, que celui-ci n'eût rien à se reprocher, comme c'est toujours le cas, par exemple, s'il s'agit d'erreur. N'y avait-il pas, dans cette situation, faite aux deux parties, comme une atteinte à la loyauté commerciale? Et n'était-il pas juste que l'ayant-droit, lorsqu'il déclare vouloir user de son droit d'annulation, fût pris au mot, et lié à sa parole, donc qu'il se trouvât avoir ainsi consommé et exercé son droit, sans avoir besoin d'agir en justice? C'est cette dernière considération qui frappa surtout les auteurs du premier projet.

3. Le fait, presque toujours mis en avant, de l'incertitude provenant de la perpétuité de l'exception (cf. LEONH.), n'aurait pas été sans remède, puisqu'on aurait pu, par une disposition légale, soumettre cette exception aux mêmes délais de prescription que l'action elle-même, pourvu que ceux-ci dussent commencer à courir à un moment où l'ayant-droit fût en mesure d'agir en nullité. C'est une théorie que l'on peut très bien soutenir en droit français, en matière de nullités relatives; bien que ce ne soit pas celle admise par la jurisprudence de la Cour de cassation (cf. PLANIOL, *Traité de droit civil*, t. II, nº 1347, p. 410, 1re édit., note 1; mais, surtout, BUFNOIR, *Propriété et contrat*, p. 738-741). Mais l'idée que l'on pût incessamment harceler son adversaire, par des déclarations d'annulation, qui fussent sans effet et sans portée, tant que la justice n'eût pas été saisie, avait une valeur pratique, bien autrement convaincante. D'autre part, on pouvait se dire, si l'on allait au fond des choses, que l'intervention de la justice répondait à une conception inexacte, puisque, à supposer les conditions de la nullité fixées objectivement par la loi, le juge n'a plus aucun droit d'appréciation, et qu'il ne puisse qu'enregistrer la décision de la partie intéressée, maîtresse de son choix, et libre de se prononcer entre l'annulation ou la confirmation. L'intervention judiciaire se comprenait dans la conception romaine, d'après laquelle il n'appartenait pas à l'intéressé de casser l'acte, mais uniquement d'en demander la cassation au Préteur, alors que celui-ci était investi d'un pouvoir souverain

d'appréciation pour décider suivant l'équité. Il en serait encore ainsi, en droit actuel, si les conditions de l'annulabilité étaient laissées à l'appréciation du juge, telle que l'appréciation relative à l'importance de l'erreur ou au degré de la violence. Mais, si les conditions d'intensité et de degré des différentes causes d'annulabilité ne dépendent que d'une mesure purement objective, fixée par la loi, de telle sorte que la partie intéressée puisse se faire juge de leur réalisation, aussi bien que le tribunal, il faut reconnaître qu'une fois ces conditions acquises, la justice n'intervient plus que pour enregistrer une déclaration d'option, de la part de l'intéressé. Est-ce donc bien là son role? A-t-elle à intervenir, par exemple, si ce dernier, au lieu d'annulation, se décide pour la confirmation? Et, cependant, la confirmation dépend, également, pour ce qui est de sa validité, de certaines conditions, telle que la disparition du vice ayant produit l'annulabilité, pour lesquelles l'intervention de la justice serait, peut-être, d'autant plus nécessaire que, le plus ordinairement, ce ne sera pas la partie adverse qui en contestera la parfaite réalisation. Cependant, s'agissant de libre choix, on laisse l'ayant-droit déclarer son option, sauf aux intéressés à en contester la validité en justice; et c'est ce qui aura lieu si l'option s'exerce dans un sens au regard duquel les conditions légales ne soient pas remplies. Il devrait en être de même si l'ayant-droit se décide pour l'annulation.

4. De l'ensemble de ces considérations, on devait se trouver amené à conclure que l'ayant droit dût pouvoir exercer son droit d'annulation par acte juridique, et non par acte judiciaire, donc par une simple déclaration d'annulation, adressée à la partie adverse, sauf à cette dernière, si elle juge que les conditions légales de l'annulabilité ne sont pas remplies, le droit de ne pas tenir compte de l'annulation, et de poursuivre son adversaire en exécution du contrat, s'il s'agit du contrat, ou, d'une façon générale de se prévaloir des effets, quels qu'ils soient, que devait produire à son égard l'acte annulé, en vue, par conséquent, de forcer son adversaire à établir les preuves de son droit à l'annulation. Si, d'autre part, la partie contre laquelle l'annulation a été dirigée veut en contester la légitimité, sans vouloir invoquer ou exercer déjà les droits qu'elle eût pu tenir de l'acte annulé, il lui reste toujours la ressource d'attaquer l'annulation elle-même, par l'action en constatation de droit, dont l'objet serait, ici, d'établir que les droits dérivant du contrat fussent intacts, parce qu'ils ne pouvaient pas être annulés. De toutes façons, l'action judiciaire doit être intentée par celui contre lequel

on annule l'acte, et non par celui qui l'annule ; et c'est là, par suite, l'une des grandes différences à établir avec les législations qui admettent, comme le droit français, un système de procédé judiciaire de nullité.

5. On n'a pas été, sans se rendre compte, toutefois, des avantages que l'on allait abandonner par cette substitution d'une déclaration privée à l'action judiciaire. Celle-ci, en même temps qu'elle prononce l'annulation, en reconnaît la légitimité ; et cette légitimité est établie à l'égard de tous ceux vis-à-vis de qui la nullité pourrait avoir à être opposée, sauf, comme on l'a vu, la question de savoir dans quelle mesure un jugement de ce genre peut être invoqué à l'encontre des tiers, et en particulier des ayants-cause des parties, si on n'a pas eu soin de les lier à l'instance. Cette question à part, l'annulation n'est prononcée que lorsque la justice l'a reconnue fondée; ses conditions d'admissibilité sont judiciairement établies. Il n'y a plus d'incertitude; tout est réglé par la loi. Il n'y a plus à craindre que l'on veuille, à nouveau, revenir sur l'annulation, pour la contester. Il peut y avoir incertitude, jusqu'à la mise en mouvement de l'action; cette incertitude cesse après le jugement. Avec le système de la déclaration privée, si l'incertitude est moins redoutable avant l'annulation, puisque la moindre déclaration émise à ce sujet tranchera la situation, toute une nouvelle période d'incertitude va s'ouvrir après, dont la durée dépendra désormais de l'autre partie : les rôles se trouvent renversés. On a pu se demander si véritablement on y gagnerait beaucoup.

6. Tout compte fait, cependant, il faut bien reconnaître que l'incertitude, pouvant résulter du système de la déclaration privée, n'a pas le même objet que celle inhérente à l'action judiciaire. Elle ne porte que sur la légitimité de l'annulation, et non sur l'option qui la concerne. Or, ce qui est surtout une entrave au crédit, c'est l'insécurité résultant d'une option libre à intervenir, et surtout d'une option dont on puisse jouer indéfiniment, sans que la moindre déclaration engage celui qui la fait. C'est là ce qui est intolérable. Quant à l'incertitude sur les conditions d'admissibilité de l'annulation, elle peut toujours cesser, à tout instant, au gré des intéressés, puisque celui qui annule peut, tout aussi bien que son adversaire, faire appel à la justice, au moyen de cette même action en constatation et en fixation judiciaire des droits de chacun, dont il est parlé au Code de procédure (art. 256).

7. La plus grosse difficulté, et susceptible, peut-être, de fournir

ample matière à chicane, consistera plutôt dans la preuve de la déclaration d'annulation. Car, pour celle-ci, pas plus que pour toute autre déclaration, constitutive d'acte juridique, le nouveau Code n'exige de forme expresse; elle pourrait donc être tacite. Sans doute, on ne se contenterait pas d'un simple avertissement qu'on annulera; il faut qu'on ait entendu déclarer qu'on annule. Mais, on parait vouloir admettre que le seul fait, par exemple en matière d'erreur, d'écrire à la partie adverse qu'on vient de découvrir l'erreur, si l'on ne fait aucune réserve à cet égard, devrait être tenu par le destinataire de la lettre pour une déclaration d'annulation. C'est ainsi, très souvent, en effet, que cela se passe dans les usages du commerce; or, ce sont les usages du commerce que l'on a voulu consacrer (cf. Hölder, p. 317); et, sous ce rapport également, s'appliqueront les mêmes principes d'interprétation, relativement au sens normal des actes privés, qui ont été exposés sur l'art. 133.

8. D'autre part, la déclaration d'annulation étant émise, tout devient irrévocable. Si celui qui l'a faite revenait sur sa déclaration, celle-ci, d'après la lettre du texte, ne serait pas annulée par le fait même. La révocation de l'annulation ne pourrait valoir que comme un nouveau contrat, refait à cette date par les parties, comme un acte analogue à ce que serait la confirmation, pour les contrats nuls; et, en effet, l'acte ainsi annulé est devenu un contrat nul. De telle sorte que cette révocation d'annulation ne pourrait plus se faire par acte unilatéral, de la part de celui qui avait annulé le contrat, mais par consentement mutuel, auquel on dût appliquer, il est vrai, la rétroactivité spéciale de l'art. 141 § 2. Ne peut-on pas croire, cette fois, puisque l'on a voulu se placer au point de vue des usages, que, peut-être, il faudra quelque temps, pour que cette portée irrévocable d'une simple déclaration privée soit reconnue par l'usage? Que l'auteur de l'annulation se sente lié vis-à-vis de l'autre partie, dès qu'il y a eu déclaration, rien de plus juste. L'annulation est acquise; et celui à qui elle s'adresse y a droit désormais. Mais, si cette dernière, comme ce sera le cas le plus fréquent, fait des démarches pour obtenir le retrait de l'annulation, et que, d'un commun accord, celle-ci soit rapportée, comment fera-t-on comprendre aux intéressés que leur contrat reste annulé, et que, si, par rapport aux tiers, à l'égard desquels l'annulation dût produire ses effets, il pût en être un qui eût avantage à l'annulation, il pourrait encore l'invoquer?

Que l'on suppose, au lieu de contrat, un testament annulable,

et l'annulation adressée à l'un des intéressés, l'un des légataires, par exemple, dans le cas où la chose est possible (cf. *infrà*, note sur art. 143), et que celui-ci obtienne qu'elle soit rapportée, l'héritier légitime, lequel avait intérêt à l'annulation, s'il a la preuve de la déclaration faite à l'intéressé, pourrait-il donc encore s'en prévaloir à son profit?

9. Et, d'un autre côté, pour revenir à l'hypothèse d'un contrat, ou d'un acte de transmission, si le retrait contractuel de l'annulation ne vaut que comme contrat nouveau, quelle va être, s'agissant d'un acte de transfert de droit, la situation des sous-acquéreurs? Faudra-t-il dire, l'acte ayant été annulé, que ceux-ci se trouvent avoir acquis d'un non-propriétaire, et que, le contrat nouveau n'investissant leur auteur de la propriété de la chose qu'à la date à laquelle il intervient, cette propriété ne peut plus remonter, au profit d'un sous-acquéreur, au jour de sa propre acquisition, de telle sorte qu'il se trouverait, en dépit du retrait de l'annulation, n'avoir rien acquis et être encore exposé à la revendication?

Il peut y avoir, à ce sujet, d'assez grosses complications, au moins en matière de biens non transmissibles par inscription aux livres fonciers. Il se trouvera, en effet, que, grâce à l'annulation prononcée, la propriété de la chose sera revenue, de plein droit, à celui qui, l'avait transférée; et, le retrait de l'annulation, ne valant que comme contrat, générateur de droits personnels, ne peut suffire, à lui seul, à valoir comme contrat réel de transmission, au profit de celui qui avait acquis la chose. Il n'en serait ainsi que pour les droits cessibles par convention, comme une créance par exemple. Mais, si l'on suppose une chose mobilière, la propriété, ainsi revenue à l'aliénateur primitif par l'annulation, ne passerait à celui qui l'avait acquise que par l'effet d'un nouveau contrat de tradition (art. 929). Est-il encore possible? Il ne pourrait l'être, tout au moins, que sous la forme de l'art. 931, puisqu'on suppose la chose aux mains d'un sous-acquéreur; de sorte qu'en définitive, il est vrai de dire que la propriété n'est acquise qu'à cette date à celui qui la tenait de l'acte annulable et désormais consolidé. L'aliénateur primitif ne pourrait donc plus, sans doute, revendiquer contre le sous-acquéreur. Mais, resterait alors l'action qui pût appartenir à l'acquéreur, par rapport à son ayant-cause; et elle se trouverait exclue, soit par l'obligation de garantie, soit par la consolidation, dans le cas où, par le fait de son acquisition ultérieure, la propriété passerait de plein droit à celui à qui cet acquéreur initial eût voulu la transmettre par un transfert antérieurement réalisé.

Donc, en fin de compte, le sous-acquéreur garde sa propriété; mais elle ne peut lui avoir été acquise qu'à la date où elle se trouve avoir été acquise à son auteur.

10. Aussi, ce défaut de rétroactivité doit-il conduire à poser la question relativement à l'hypothèse où l'aliénateur primitif eût, lui-même, aliéné la chose à un second acquéreur, avant l'annulation de la première transmission. Il pourrait même arriver, ce qui sera l'interprétation la plus fréquente, que cette seconde transmission doive valoir déclaration d'annulation, à l'égard du premier acquéreur, pour peu, d'ailleurs, qu'elle eût été réalisée de façon à ce que celui-ci en eût connaissance. Puis, sur la requête de ce dernier, le vendeur annule son annulation. Il n'est pas douteux que la seconde vente qu'il avait réalisée vaudra à l'égard du second acquéreur; car l'annulation de la première, ou plutôt de l'acte de transmission, fait en exécution de la vente, avait fait revenir la propriété aux mains du vendeur, qui se trouve l'avoir valablement transmise à un nouvel acquéreur. Le retrait de l'annulation ne peut valoir que comme un second contrat de vente ou de transmission, réalisé à un moment où celui qui le conclut n'est plus propriétaire. Il en serait ainsi, même à l'égard d'un sous-acquéreur du premier acheteur, toujours sous réserve, bien entendu, des protections résultant de la bonne foi (art. 932).

11. Remarquons, d'ailleurs, que toute cette question, relative à la non-rétroactivité du retrait d'annulation, serait encore moins douteuse, — et cette fois, en effet, la solution devrait s'imposer sans discussion, — si ce fût, par suite de certains arrangements transactionnels, ou de certains sacrifices, de la part de celui qui avait reçu la déclaration d'annulation, que cette dernière eût été révoquée. Il est certain, en effet, que, dans ce cas, c'est bien un nouveau contrat qui se forme; et même pourrait-on douter, si les changements portaient sur quelques points qui fussent essentiels, qu'il y eût application de la rétroactivité spéciale de l'art. 141, § 2.

12. Mais, ce point mis à part, peut-être comprendra-t-on difficilement que la révocation immédiate d'une déclaration d'annulation, si elle a lieu du consentement des deux parties, n'ait pas effet rétroactif et que le contrat ne soit pas considéré comme valable *ab initio*, même au point de vue de ses effets réels; car, pour ce qui est de ses effets personnels, il pourrait y avoir rétroactivité, en vertu de l'art. 141 § 2. La vérité est que les cas dans lesquels un tiers doive avoir intérêt à se prévaloir de l'annulation d'un acte, en dehors de l'hypothèse où il s'agirait des ayants cause de celui qui eût passé un acte de transfert, postérieurement annulé

par lui, sont extrêmement rares. Et, dans l'éventualité qui vient d'être prévue, le fait que ces ayants cause puissent s'en prévaloir n'a rien, comme on va le voir, que de très légitime. Laissant de côté, pour un moment, la situation des ayants cause proprement dits, peut-être est-il fort douteux, s'il s'agissait de tiers intéressés à l'annulation, qui fussent eux-mêmes, d'après la loi (art. 143), des parties ayant qualité pour recevoir la déclaration d'annulation, comme c'était le cas dans l'exemple tiré du testament, que les actes passés en dehors d'eux, annulation et révocation d'annulation, eussent effet à leur égard. C'est un point dont il sera traité plus loin. Si donc nous revenons aux ayants cause des parties, — et il ne peut guère être question, pratiquement, que de ceux qui tiendraient leurs droits de l'auteur même de l'annulation, et à qui la révocation de cette dernière pût porter préjudice, — comment regretter le résultat auquel doivent nous conduire les combinaisons du raisonnement juridique? Si un vendeur, par exemple, après avoir passé une vente annulable, à entendre le mot, bien entendu, d'une vente suivie de contrat réel d'aliénation, revend la chose à un second acquéreur, et qu'il annule la première vente, n'est-il pas de toute justice que son choix se trouve déjà censé réalisé, et devenu irrévocable, par le fait seul de la seconde vente, et qu'il ne dépende plus, ni de lui, ni du premier acheteur, de faire échec aux droits conférés au second, toute question de bonne foi à part, en ce qui touche les sous-acquéreurs de la chose, conformément à l'art. 932? Il faut même aller plus loin, et considérer, — car ce serait là, encore, un des meilleurs profits de l'innovation de l'art. 143, — que, d'après les principes d'interprétation déjà indiqués, le fait seul de la seconde vente, si le vendeur agit au vu et su de son premier acheteur, vaut déclaration d'annulation de la première. Par le fait seul, la propriété passe *ipso facto* au nouvel acquéreur, tandis que, dans le système de l'annulation judiciaire, celui-ci n'eût rien acquis, sauf à déclarer inopposable, à son égard, la confirmation qui pût intervenir du chef de son vendeur, comme c'est le cas du Code civil français (art. 1328, C. civ. fr.).

Enfin, à supposer que la seconde vente eût été, au contraire, dissimulée au premier acheteur, une nouvelle question se poserait, qui serait de savoir si, à l'égard des tiers, ayants cause de celui à qui appartenait le droit d'annulation, il n'y a pas engagement d'annuler, engagement opposable même à l'acheteur, premier en titre, de telle sorte que désormais, la confirmation, ne pusise plus nuire à ces ayants cause de l'aliénateur : ce sera un point à examiner à propos de la confirmation de l'art. 142.

13. Constatons, seulement, que les conséquences du défaut de rétroactivité, en ce qui touche la révocation possible de l'annulation, n'auront, pour ce qui est des tiers, au moins s'il s'agit d'ayants cause des parties, que des effets parfaitement acceptables. Le plus gros inconvénient qui pût en résulter se présenterait plutôt dans les rapports entre les parties elles-mêmes, en ce que le retrait d'annulation, ne valant qu'à titre de contrat nouveau, non seulement exige l'accord des volontés, mais le renouvellement des formes requises, à supposer qu'il y en eût, pour l'acte annulé; et l'on en voit les conséquences, s'il s'agissait d'acte solennel, une donation, par exemple, soumise aux formes de l'art. 518. L'annulation n'exigerait aucune forme; pour la révoquer, il faudrait subir les formalités de l'art. 518. Et encore l'exigerait-on, non pas pour donner à la révocation un caractère de rétroactivité réelle, mais uniquement pour qu'elle pût valoir comme un renouvellement de la donation.

14. Enfin, il est un dernier inconvénient possible du système de la déclaration privée, et à l'égard duquel l'annulation judiciaire garderait encore une supériorité, au moins apparente. C'est que, si l'on admet que la déclaration, une fois régulièrement faite, doive réaliser l'annulation, il faut bien indiquer à qui elle devra être faite, pour qu'elle soit régulière. Les conditions de validité d'une déclaration de ce genre impliquent détermination, tant au point de vue passif qu'au point de vue actif, des parties à l'annulation. Sans doute, il en serait de même s'il s'agissait d'action; et l'on peut dire que les parties à l'annulation seront celles qui seraient parties qualifiées à l'action en nullité. Rien de plus simple, en effet, s'il s'agit d'acte s'étant passé entre personnes déterminées, à l'égard desquelles il doive développer ses conséquences juridiques. Mais la nullité du droit allemand, comme celle du droit français, produit des effets absolus, à l'égard de tous ceux qui aient pu retirer un avantage, ou subir un inconvénient juridique, du chef de l'acte incriminé. Une fois l'action intentée, s'il s'agit d'action, on comprendrait, vu sa publicité et vu surtout l'appréciation judiciaire de ses conditions d'admissibilité, que la nullité qui en résulte fût opposable à tous; peut-on en dire autant d'une déclaration privée? Et alors, si l'on veut attribuer à cette dernière cette portée générale, encore faut-il désigner, expressément, quelles seront les parties qui auront qualité pour recevoir l'annulation, de telle sorte qu'elles représentent tous les intéressés, et de telle sorte, enfin, que la déclaration, faite vis-à-vis d'elles, vaille à l'égard de tous. C'est que

l'art. 143 appelle les parties adverses à l'annulation. Et, dès lors, l'un des problèmes les plus compliqués de la matière est précisément la désignation légale, ou la détermination par voie d'interprétation, de ces sujets passifs de la déclaration d'annulation.

15. En réalité, cependant, la supériorité, sous ce rapport, du système de l'annulation judiciaire est plus apparente que réelle. Car, même s'il faut une action, il s'agit de déterminer, d'après le principe de l'autorité relative de la chose jugée, à qui elle soit opposable; de sorte que la désignation de ce que l'on pourrait appeler les contradicteurs légitimes à l'annulation, n'est pas autre chose qu'une autre face du problème qui se pose, en matière de chose jugée, de savoir contre qui vaudra la nullité prononcée en justice. Le problème est inévitable. Qu'il se pose sous une forme ou sous une autre, les termes n'en sont guère différents, si ce n'est que, là où la justice intervienne, le fait d'une déclaration judiciaire de nullité puisse être considéré comme devant avoir plus facilement effet absolu que celui d'une simple déclaration privée. Et encore n'est-ce qu'une apparence. Car, dans la déclaration judiciaire de nullité, il y a deux choses; la preuve judiciaire des conditions d'annulabilité, laquelle donne lieu à un véritable jugement ne devant avoir qu'autorité purement relative; et l'option, émanant de celui qui intente l'action, et qui, non seulement est irrévocable, mais qui doit avoir une valeur absolue, comme tous les faits qui ne sont que des faits, là, tout au moins, où l'acte forme un tout unique qui ne puisse se scinder, suivant ceux qui l'invoquent. Il pourra paraître quelque peu irrégulier, si l'on va bien au fond des choses, qu'une action en nullité n'ait qu'une valeur relative, au point de vue, tout au moins, des personnes à l'égard de qui elle produit ses effets, non seulement en ce qui touche le jugement sur les conditions d'existence de la nullité, mais par rapport, également, au choix fait par le demandeur et à sa volonté d'annuler l'acte, à supposer qu'en soi l'annulation dût être indivisible, ce qui est le point dont il va être question.

16. Le Code civil allemand, par cela seul qu'il abandonne le système de l'action, a pu scinder, sous ce rapport, les deux faces du problème; l'appréciation judiciaire des conditions d'existence de l'annulabilité, laquelle peut intervenir sous forme d'action en contestation de l'annulation, de la part de tous ceux qui se trouveraient touchés par cette dernière, action qui eût la valeur et produisît les effets de toute action judiciaire; puis, le fait de la déclaration d'annulation, qui n'est qu'une déclaration d'option, laquelle doit valoir, comme fait, par rapport à tous ceux à l'égard

de qui l'acte initial valait lui-même, sauf la question de divisibilité de l'acte et de l'annulation qui s'y rapporte. On voit donc que la question des contradicteurs légitimes se posait différemment, sur ce point, en droit allemand, et dans les législations restées fidèles au système de l'annulation judiciaire. Il ne s'agissait plus, dans l'art. 143, de désigner celui qui fût le représentant judiciaire de tous les intéressés, dans l'action à intervenir sur l'existence et sur les conditions de l'annulabilité; sous ce rapport, les intéressés ne sont représentés par personne. Il s'agissait de préciser celui ou ceux qui pussent recevoir valablement l'option faite par la partie qui eût droit à l'annulation, de telle sorte que ce fait, une fois acquis, dût valoir, en tant que fait, à l'égard de tous. C'est, d'ailleurs, le point qui va être plus amplement exposé.

17. Ajoutons, cette fois, comme suite incontestable du système nouveau, la suppression de toute prescription proprement dite : il ne s'agit plus d'action judiciaire. Le droit à l'annulation est enfermé dans des délais très courts, différents suivant les cas (art 121 et 124); et ce sont là des déchéances qui atteignent le droit de déclarer l'annulation. Celui-ci ne pouvant s'exercer que par ce procédé de déclaration, quelle que soit l'attitude de l'autre partie, même si elle prend l'initiative d'agir en justice, pour réclamer l'exécution du contrat, il s'ensuit que, même dans ce cas, ne s'agissant plus d'exception à opposer, mais de déclaration positive à formuler, si le délai est passé, celle-ci n'est plus possible, au moins légalement.

18. Il ne faudrait pas croire, du reste, que toutes ces difficultés du système de la déclaration privée n'aient pas été prévues, lors des travaux préparatoires. C'est, surtout, devant la seconde commission, lorsque le nouveau projet vint en seconde lecture, que l'opposition contre l'innovation proposée se fit jour; elle se manifesta à propos des difficultés, presque inextricables, que l'on trouvait à désigner les destinataires de l'annulation, et par suite à déterminer à l'égard de quels intéressés elle produirait ses effets (*Pr.* VI, p. 146 et suiv.). On mettait en avant l'inconvénient qu'il pût y avoir à réduire celui contre qui l'annulation serait déclarée à prendre l'initiative d'une poursuite judiciaire, l'action, par exemple, de l'art. 256 du Code de procédure, pour faire établir judiciairement la régularité de l'annulation et pour en contester le bien fondé. On s'appuyait, également, sur les difficultés de preuve, et les méprises pouvant résulter des doutes qui ne manqueraient pas de s'élever, sur le point de savoir si telle déclaration était bien une déclaration d'annulation. Au moins, demandait-on que celle-ci

dût se faire par acte formel. Et enfin la détermination des effets de l'annulation, à l'égard des tiers, fournissait une objection pratique de la plus haute importance.

19. Malgré tout, le retour au système ancien fut repoussé à une forte majorité. On s'appuya, surtout, sur les réclamations qui s'étaient fait jour, dans les pays d'Empire soumis au Code civil français, contre les inconvénients pratiques de l'action en nullité. On se laissa entraîner par le courant des usages, et la tendance à la simplification, en matière commerciale; on trouvait inadmissible, en effet, que celui qui annonce qu'il a été trompé, et qu'il refuse d'exécuter le contrat, ne fût pas, par le fait même, considéré comme ayant fait son choix, et comme annulant le contrat. Ce fut la raison principale qui décida de l'avis de la commission : elle était, en effet, capitale. Quant à la désignation des tiers, auxquels devrait s'adresser l'annulation, elle constituait une difficulté inévitable, et qui se présenterait, sous une autre forme sans doute, mais tout aussi considérable, dans le système de l'action en nullité. Il fallait ne pas paraître reculer devant la difficulté : elle s'imposait au législateur (*Pr.* VI, p. 147-148).

20. Il reste une dernière observation générale à présenter. C'est que le système du Code civil sur l'annulation par voie de déclaration de volonté a dû conduire, en matière de prescription, à une réglementation spéciale, pour le cas où le contrat aurait déjà été exécuté, relativement à la restitution de ce qui aurait été livré par l'auteur de l'annulation. Ce droit à restitution est fondé sur la théorie de l'enrichissement sans cause (art. 812, suiv.). Et, il va de soi que ce droit ne trouve son existence que dans le fait de l'annulation, puisque, jusque-là, le contrat est valable, et que, jusque-là, l'obligation de restituer n'existe pas. Ce droit à restitution est, en quelque sorte, conditionné par le fait d'une déclaration d'annulation. Or, il importait de se demander à partir de quand allait commencer à se prescrire ce droit à restitution. La question n'avait pas à se poser dans un système d'annulation judiciaire, puisque la prescription du droit à restitution se confond, ou à peu près, avec celle de l'action en nullité. Mais, dans le système de l'art. 143, les délais d'admissibilité de l'annulation (art. 121 et 124) ne sont pas des délais de prescription; la faculté d'annulation ne constitue pas un droit soumis à prescription. Sans doute, lorsque celui qui peut exercer cette faculté d'annulation l'a perdue, faute de l'avoir exercée à temps, il ne peut plus faire valoir les droits qui dépendaient de l'annulation. Ces droits ne s'ouvrent pas. Mais, à l'inverse, lorsque l'acte est annulé,

il faut se demander comment va s'appliquer la prescription relative à l'action en restitution. Il semblerait que, le droit à restitution, ce que le Code civil appelle l'*Anspruch* — c'est-à-dire la prétention juridique qui résulte du droit lui-même, sans se confondre cependant avec l'action — venant à naître par le fait de la déclaration d'annulation, c'est à partir de ce moment que la prescription commencerait à courir, conformément à la règle de l'art. 198.

21. L'art. 200 a rejeté cette solution. Il admet que, dans cette hypothèse, tout au moins, la prescription puisse commencer avant que le droit à restitution se trouve exister. C'est que ce droit dépend, désormais, d'une pure déclaration de volonté, de la part de celui qui aura à l'invoquer; et alors on assimile la possibilité de faire naître le droit au droit lui-même, en matière de prescription. Cela ne veut pas dire que le Code civil ait admis cette assimilation dans tous les cas où un droit, considéré comme prétention personnelle, comme *Anspruch*, dépendît d'un acte pur et simple de volonté, de la part de l'ayant droit, comme ce serait le cas, par exemple, de l'action en restitution devant appartenir au vendeur initial, au cas de réméré; ici encore, il y a un droit qui est à naître, mais qui dépend d'une simple déclaration de volonté (art. 497). Le premier projet (art. 158 § 3 P[1]) avait admis que, dans tous ces cas, la prescription courrait à partir du jour où cette déclaration de volonté eût été possible, et non à partir du jour où elle fût intervenue. Mais la seconde commission a rejeté la règle, en tant que règle générale; elle n'en a admis que quelques applications spéciales, celle de l'art. 199 et celle de l'art. 200, cette dernière relative aux droits qui dépendent d'une déclaration d'annulation.

22. La prescription relative aux droits à exercer en vertu de l'annulation, ainsi déclarée, commencera donc, non pas du jour où la déclaration a eu lieu, mais du jour où, en droit, elle aurait été admissible (*Pr.*, VI, 139, 140). Et il faut entendre, par là, une possibilité de droit, et non une possibilité de fait, en ce sens que, si, en fait, l'annulation n'était pas possible, parce que l'erreur n'était pas découverte, ou que la violence durât encore, la prescription n'en aura pas moins commencé du jour où la loi aurait admis que l'annulation pût se produire, c'est-à-dire du jour de l'acte ou du contrat conclu.

23. Cette solution s'imposait, si l'on voulait empêcher une accumulation de délais de prescription; et tel a été le but, en effet, de l'art. 200. Il suffit de supposer que l'erreur ne soit décou-

verte qu'à la veille du délai de trente ans des art. 121 et 124, et que la déclaration d'annulation se produise, ainsi, presque à l'expiration du délai. Si la prescription du droit à restitution eût commencé à ce moment même, ce droit aurait pu ne s'éteindre qu'à près de soixante ans, à partir de la conclusion du contrat, et indépendamment de toute cause de suspension ou d'interruption. Il fallait donc qu'au bout de trente ans tout fût éteint; et, s'il reste un intervalle des plus restreints, entre l'annulation et l'échéance des trente années, qui se trouveront constituer le délai de prescription du droit à restitution, il faut convenir, au point de vue de l'équité, qu'il suffisait que le délai d'annulation ne pût commencer à courir qu'après découverte de l'erreur ou cessation de la violence. Mais, il faut observer, d'autre part, que, par rapport à la restitution, le délai de trente ans est un délai de prescription, et non un délai de forclusion, comme celui des art. 121 et 124, relatif à l'annulation, et que, par suite, par rapport à lui, toutes les causes de suspension et d'interruption seraient admissibles, ce qui permettrait de le prolonger bien au delà des trente ans fixés pour l'annulation.

24. A plus forte raison cette solution s'appliquerait s'il s'agissait d'un cas de nullité, et non d'annulation, puisque, dans cette hypothèse, il n'est besoin d'aucune déclaration, pour fonder le droit à restitution. Il existe *ipso facto*. Il est vrai que l'ayant-droit peut n'avoir pas découvert la cause qui rend le contrat nul, et que, par suite, en fait, l'action en restitution ne peut être intentée. Mais, la prescription vise le droit, entendu de la prétention juridique qui en résulte, l'*Anspruch*, et non l'action.

§ 2.

25. Ces principes établis, arrivons à l'art. 143, qui a surtout pour but de poser les règles d'après lesquelles se déterminera la personne à qui l'annulation devra être déclarée. Aucune difficulté ne se présente en matière de contrats, au moins en tant que principe. La partie adverse à l'annulation est celui des deux contractants qui n'a pas droit à l'annulation et contre lequel cette dernière se trouve être dirigée. S'il y a plus de deux contractants, par exemple, deux d'un côté et un de l'autre, et que ce soit à ce dernier qu'appartienne le droit d'annuler le contrat, les deux parties adverses sont, toutes deux, parties adverses à l'annulation. Si donc la déclaration est faite à toutes deux, aucune difficulté ne se présente. Il n'en est plus de même si le

contrat n'est annulé que vis-à-vis d'une seule. Mais cette question rentre dans un problème beaucoup plus général, relatif à tous les actes annulables, susceptibles de présenter plusieurs intéressés ayant qualité pour recevoir l'annulation. Il s'agit de savoir, lorsque la déclaration n'est adressée qu'à un seul, si l'annulation vaut contre les autres. Ce problème doit être réservé. Mais, ce qui n'est pas douteux, c'est que, nulle part, les ayants-cause de celui qui était partie au contrat ne sont mentionnés, comme ayant droit à recevoir l'annulation. Que l'on suppose un contrat d'aliénation annulable, et que l'acquéreur ait sous-aliéné la chose, le sous-acquéreur n'a pas qualité pour recevoir la déclaration d'annulation. Adressée au sous-acquéreur, celle-ci serait non avenue, en ce sens que celui de qui elle émane pourrait encore valablement confirmer, vis-à-vis de l'autre contractant. Est-ce à celui-ci, au contraire, que l'annulation ait été adressée, elle vaut, sans autre communication spéciale, à l'encontre de ses ayants-cause, et, par suite, à l'égard du sous-acquéreur, sauf, pour ce dernier, les protections qu'il pût retirer de sa bonne foi. On applique ici à la lettre, sous réserve toujours de la question de bonne foi, la règle du droit français, assez vaguement, ou assez inexactement, exprimée sous l'adage connu : *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*. Et on l'applique, sans que le sous-acquéreur ait été mis en cause ; ce qui ne veut pas dire, s'il voulait contester la légitimité de l'annulation, qu'il ne pourrait pas agir à cet effet, pour son compte spécial, et en son nom propre. Mais s'agissant, non plus d'une contestation judiciaire, relative à la preuve de conditions exigées par la loi, mais de la portée d'un acte juridique, dirigé, à l'apparence seulement, contre une personne en particulier, mais, en réalité contre un acte juridique préexistant, elle s'étend, et elle vaut, à l'égard de tous ceux vis-à-vis de qui l'acte attaqué se trouvait avoir une valeur juridique.

26. Nous trouvons, ainsi, la première application de l'idée que la déclaration d'annulation est un acte qui, en ce qui touche sa portée, a la valeur d'un pur fait matériel, existant *erga omnes*. Peut-être, serait-on tenté d'en douter, pour cette raison que ce fait matériel est un acte juridique, unilatéral sans doute, mais s'adressant à quelqu'un en particulier, et qui, de même que les contrats, ne devrait avoir effet qu'entre les parties, sauf à se demander si les ayants-cause des parties, en tant qu'ils auraient acquis leurs droits avant l'annulation, ne devraient pas être considérés, dans ce cas, comme des tiers, à l'égard de qui l'annulation serait sans effet. Cette objection reposerait, cependant, sur

une confusion et une méprise, trop souvent commises, en ce qui touche l'effet relatif d'un acte juridique. Cette relativité ne porte, en effet, que sur les actes d'ingérence par rapport au droit d'autrui; on ne peut, en général, par contrat, ni par acte unilatéral, sauf exception, comme en matière de contrat pour autrui ou de promesse de récompense, créer un effet de droit qui se réalise dans la personne de qui ne serait pas partie à l'acte. Mais cette relativité ne porte pas sur le fait de l'existence de l'acte; et si, par suite du seul fait qu'il existe, l'acte ait pour effet de modifier une situation juridique préexistante, intéressant plusieurs personnes, cet effet se produit, en quelque sorte, *in rem*, et vaut à l'égard de tous ceux qui se trouvaient être intéressés au rapport de droit, ainsi modifié, telle une acceptation ou répudiation de succession. Il en est de même d'un acte, même adressé à partie, qui porte sur un acte préexistant; il ne vise pas la personne même à laquelle il s'adresse, mais l'acte passé avec elle. Cet acte tombe, c'est un fait. Ce fait existe pour tout le monde; il s'ensuit que tous ceux qui fondaient leurs droits sur le rapport juridique auquel ce fait a touché devront accepter, comme un fait dont la réalité est établie, la modification survenue dans la situation juridique qui les intéresse. Celle-ci apparaît comme annulée *ab initio*; les tiers doivent accepter ce fait, comme un fait légal, voulu par la loi, et qui, la preuve en étant faite, est tenu pour existant *erga omnes*.

27. De même, en matière de contrat pour autrui, le destinataire légal de la déclaration est celui qui a été partie au contrat, et non le tiers bénéficiaire. Il ne faut pas croire que l'art. 143, en se référant à la disposition de l'art. 123, relatif au dol, que l'on tient, d'ordinaire, comme visant les contrats pour autrui (note sur art. 123), ait voulu faire exception à ce principe. Car, si le dol est commis par le stipulant, ou connu de lui, c'est à ce dernier que l'annulation devra être adressée; et la disposition de l'art. 123, que l'on croit devoir appliquer spécialement au contrat pour autrui, suppose que celui qui était partie au contrat était précisément étranger au dol. Et, c'est dans ce cas que, par exception, on permet l'annulation contre le tiers qui eût acquis un droit direct de l'acte entaché de dol. C'est, aussi, dans ce cas exceptionnel, que ce tiers devient le destinataire de l'annulation.

28. Sur ce point encore, comme en ce qui touche l'admission du système de la déclaration privée, les solutions proposées, surtout en ce qui concerne la portée de la déclaration, à l'égard des ayants-cause et sous-acquéreurs, furent vivement contestées. On n'allait pas jusqu'à demander que l'annulation fût dépourvue de

tout effet réel et qu'elle fût inopposable aux tiers; mais on voulait poser le principe de l'autorité purement relative de la déclaration d'annulation, de telle sorte que celle-ci n'eût d'effet que par rapport à celui à qui elle fût adressée. Dans ce système, il eût fallu adresser une déclaration d'annulation à chacun de ceux à l'égard de qui celle-ci dût produire ses effets. Il eût fallu, par conséquent, une déclaration particulière à l'égard du sous-acquéreur. On a vu pour quelles raisons doctrinales ce système fut jugé inadmissible; pratiquement, il eût abouti à aggraver considérablement la situation de celui à qui appartienne le droit d'annulation, s'il lui eût fallu connaître tous les intéressés, pour leur adresser une déclaration personnelle. D'ailleurs, l'important pour les tiers est moins d'être avertis personnellement, que de pouvoir contester l'annulation; et l'on sait que ce droit ne leur est pas enlevé.

29. Tout au moins, demandait-on que les sous-acquéreurs fussent compris parmi les destinataires légaux de l'annulation. On faisait valoir cette raison que celui contre qui l'annulation devait produire son effet direct, c'est-à-dire le possesseur de la chose, avait un droit spécial à être averti en première ligne; et que, d'ailleurs, pour celui qui annule, c'était une simplification, et une économie de temps et de formalités, de pouvoir s'adresser directement, et avant tout, à celui de qui il devait attendre la restitution de la chose. Mais, il y avait à cela une assez grosse objection. Elle consistait en ce qu'on ne pouvait que très difficilement admettre que l'ayant-cause eût qualité pour représenter son auteur, à l'effet de recevoir les déclarations d'annulation qui dussent le concerner. Celui-ci, comme l'avaient fait remarquer les Motifs (I., 221), était bien le premier intéressé, à raison de l'obligation de garantie dont il pouvait être tenu, par exemple, à connaître l'annulation; aussi devait-il être le premier mis à même d'en contester judiciairement la légitimité. Etait-il admissible que les choses se fussent passées uniquement entre son ayant-cause et l'autre contractant, dans des conditions peut-être quelque peu suspectes, le détenteur actuel pouvant ne s'être incliné devant l'annulation que parce qu'il trouvait son avantage à agir en garantie, alors que la partie avec laquelle avait été conclu le contrat ne fût informée de l'annulation qu'une fois la chose restituée aux mains de son ancien propriétaire? Ce résultat étant inacceptable, on proposait donc que, si la déclaration était adressée au sous-acquéreur, elle n'eût d'effet que contre lui, et que, par suite, le contrat primitif, entre celui qui annule et la partie avec laquelle il avait contracté, fût censé maintenu. Cet amende-

ment avait été proposé et défendu devant la seconde commission, en seconde lecture (Pr, VI, 149). Il avait pour but de faire droit aux critiques présentées par Strohal, contre le système du premier projet (Dans *Iher. Jahrb.* XXXIV, p. 350 et suiv.)

30. Mais, en réalité, ce système mixte parut d'une application à peu près impossible; car, en somme, admettrait-on celui qui annule à revendiquer la chose aux mains de son possesseur actuel? Ce serait avouer que le contrat passé avec l'auteur même de ce dernier était non avenu; car la partie qui déclare l'annulation ne peut devenir rétroactivement propriétaire que si le contrat initial, par lequel elle s'était dessaisie de sa propriété, se trouve annulé. C'est reconnaître que l'annulation vaut contre lui. Sinon, si l'auteur de cette dernière n'est pas investi du droit de reprendre directement la chose entre les mains du sous-acquéreur, à quoi lui sert le droit de déclarer l'annulation, personnellement, à l'égard de celui-ci? En réalité, de toutes façons, il lui faudra passer par l'intermédiaire de son ancien contractant; pourquoi ne pas commencer par lui et ne pas se contenter de la déclaration adressée à celui qui a été partie au contrat? La seule raison directrice, qui puisse inspirer cette modification au système, serait l'intérêt même du sous-acquéreur, et le droit qu'il pût avoir à être averti dès le début. Mais, pratiquement, cet intérêt est moins respectable qu'il puisse sembler à première vue; car le tiers acquéreur ne peut être mis en cause, et touché par l'annulation, que s'il n'est pas de bonne foi, puisque, s'il est de bonne foi, son acquisition reste valable. Pour toutes ces raisons, le système du premier projet se trouva maintenu; celui-là, seulement, qui ait été partie au contrat, a qualité pour recevoir valablement la déclaration d'annulation (Pr, VI, 149-150; cf. M. Bruck, *Die Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte*, dans *Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts herausgegeben von Leonhard*, cap. IV.)

§ 3.

31. Des contrats, l'art. 143 passe aux actes juridiques unilatéraux; et il s'occupe d'abord de ceux qui se font à l'égard d'une partie et d'une personne déterminée. Aucune difficulté ne pouvait s'élever au sujet du destinataire de l'annulation; ce ne pouvait être que le destinataire de l'acte. Seulement, il faut remarquer que l'art. 143, au lieu de parler de déclarations unilatérales adressées à une partie, parle d'actes juridiques faits vis-à-vis d'un autre. On est parti de cette idée, sans doute, que ce sont bien des déclarations de volonté qui, seules, sont susceptibles

d'annulation pour vice de la volonté, mais que ce ne pourrait être une déclaration quelconque de volonté. La théorie de l'annulabilité n'est pas faite pour toutes les déclarations dont il soit question dans le domaine juridique, mais pour celles, uniquement, qui sont constitutives d'actes juridiques, c'est-à-dire qui sont le fondement et la cause efficiente d'effets de droit, voulus par elles, et qui ne tirent que d'elles seules leur efficacité. Cette efficacité la loi ne fait que la reconnaître et la consacrer.

32. Cependant, cette notion de l'acte juridique, en tant qu'elle sert à la détermination de la partie adverse, en matière d'annulation, a pu paraître susceptible de donner prise à de nombreuses divergences de conception scientifique. Aussi, avait-on demandé, à propos de l'art. 113 P[1], de retrancher du texte toute expression de ce genre, dont la portée pratique pût encore donner lieu à bien des doutes, précisément parce que la portée doctrinale n'en est pas suffisamment fixée. On avait proposé de parler de déclarations de volonté, sauf à en distinguer de différentes catégories, d'après leur but, ou encore de parler plus spécialement de faits juridiques. On objectait, principalement, que l'on était loin d'être fixé sur le caractère de certains actes, au point de vue de leur classement au nombre des actes juridiques, que les Motifs du premier projet avaient été amenés, à propos de l'art. 66 P[1], à donner une liste d'actes considérés par eux comme étant, sans contestation, des actes juridiques unilatéraux (M. I, 139), et que, précisément, plusieurs, parmi ceux qu'ils indiquent, étaient loin d'avoir ce caractère, d'une façon incontestée, tels que la sommation, par exemple, ou les offres de paiement (art. 284 et 293). On leur refusait la qualité d'actes juridiques, parce que, s'ils procédaient assurément d'un fait de volonté, les effets qui en résultaient, demeure du débiteur ou du créancier, étaient des effets légaux, établis par la loi, et ne faisant pas l'objet du contenu de la déclaration dont ils émanaient. C'étaient des faits juridiques, et non des actes juridiques (Pr. 1, 129). Il y avait donc à craindre, disait-on, que, suivant que la doctrine accepterait ou non la classification des Motifs, certains actes pussent être admis, ou non, comme faisant partie des actes juridiques, au sens de l'art. 143, et en vue de l'application de l'art. 143.

33. Mais, on fit observer que des objections analogues se présenteraient, si l'on parlait de faits juridiques, en ce que, très certainement, tous les faits juridiques ne fussent pas des déclarations de droit privé, recevant application des règles du Code civil sur l'annulabilité, et qu'il eût fallu s'en remettre à la doctrine et

à la jurisprudence pour savoir ceux qui seraient exclus ou non du domaine de l'art. 143. On considéra qu'il n'y avait aucun inconvénient à garder l'expression d'actes juridiques, s'il était entendu qu'on la prît au sens très large, en ce sens que l'art. 143 entendait assimiler aux actes juridiques, proprement dits, les faits de volonté susceptibles d'effets de droit, au gré des parties, alors même que ces effets ne seraient pas ceux qui fussent constitutifs du contenu de la déclaration, et que, pour cette raison, la science et la doctrine dussent les exclure du nombre des actes juridiques proprement dits. Ce seraient des actes de volonté mettant en quelque sorte la loi en mouvement et donnant ouverture à l'application d'une disposition légale; mais ne peut-on pas dire aussi que cette disposition légale a été voulue par celui de qui l'acte émane et qu'à ce titre elle fait implicitement, ou plutôt subsidiairement, partie du contenu de la déclaration? Quoi qu'il en soit, ce seraient des faits juridiques assimilés, par l'art. 143 et au point de vue auquel se place l'art. 143, à des actes juridiques; de sorte que, pour entendre exactement la portée de ce dernier terme, il faudrait l'interpréter d'après l'énumération faite par les Motifs eux-mêmes (I. 139), et s'inspirer de ces exemples pour en déduire une théorie générale (cf. *Pr.* I. 129-130).

34. Planck (p. 194) fait remarquer avec raison que, s'il s'agit d'actes juridiques unilatéraux, susceptibles d'être adressés à deux personnes, au choix de celui qui en prend l'initiative, telle qu'une procuration, laquelle peut être adressée au mandataire ou au tiers avec qui l'acte doit être passé (art. 167), ou encore le consentement donné à un contrat, lorsque la validité de celui-ci en dépend, consentement qui peut être donné à l'une ou l'autre des parties (art. 182), dans tous ces cas, l'annulation d'actes de ce genre, procuration ou consentement, doit être effectuée vis-à-vis de celui avec qui le contrat devait être passé : le tiers avec lequel devait traiter le mandataire, celui des deux contractants auquel ne s'adressait pas le consentement.

35. Enfin l'art. 143 prévoit le cas où, s'agissant de déclaration adressée à un tiers intéressé, la loi permet de l'adresser, soit à celui qu'elle intéresse, soit à une autorité déterminée par la loi, comme au cas de déclarations pouvant être faites à l'office des livres fonciers (cf. art. 875, 876, 880); et, dans ce cas, il est dit que le tiers qui se trouve être l'intéressé direct est là encore le destinataire légal de l'annulation. La façon dont s'exprime le texte peut, cependant, prêter à équivoque. A le prendre à la lettre, il signifie que, même, si la déclaration constitutive de l'acte annu-

lable a été faite à l'administration qui avait qualité pour la recevoir, celle-ci ne serait pas autorisée à toucher la déclaration d'annulation, laquelle, dans tous les cas, devrait toujours être adressée au tiers intéressé. Et, cependant, si l'annulation doit s'adresser à qui s'adressait l'acte, il semblerait, tout au moins si ce dernier a été reçu par l'administration, que l'on pût choisir la même voie pour l'annulation. De sorte que le texte voudrait dire que, dans tous les cas, même si on avait adressé l'acte à l'administration compétente, on pourrait toujours, au lieu de l'administration, s'adresser au tiers intéressé, pour ce qui est de l'annulation, mais sans exclure, à cet égard, le droit de passer par l'administration, tout au moins si l'acte initial avait été fait vis-à-vis d'elle.

36. Il semble bien, cependant, en dépit d'une explication un peu douteuse du Protocole de la seconde commission (*Pr.* VI, 148 b. *in fine*), que la première interprétation soit la bonne. Car cette disposition est le résultat d'une série d'amendements assez complexes sur le rôle de l'administration en cette matière. On avait été surtout frappé de la difficulté, lorsqu'il s'agit d'actes impersonnels, et non de ceux qui s'adressent à un tiers, de désigner le destinataire de l'annulation; et l'on avait proposé, au moins pour ces sortes d'actes, d'imposer une forme solennelle pour la déclaration d'annulation, et d'exiger qu'elle fût faite auprès d'une administration représentant tous les intéressés (*Pr.* I, 131). Or, il se trouvait que, pour certains actes de ce genre, ils devaient être passés, précisément, auprès d'une autorité désignée par la loi, telle, par exemple, que la répudiation d'une succession (art. 1945). D'autres actes, qui ne sont plus, il est vrai, des actes impersonnels, peuvent être faits, soit à l'égard du tiers intéressé, soit auprès de l'administration compétente, on l'a déjà vu. Or, on commença par confondre toutes ces sortes d'actes; et, au lieu de faire une disposition relative à tous les actes impersonnels, on ne s'occupa que des actes unilatéraux, impersonnels ou non, qui devaient être passés devant une autorité, ou adressés à une autorité. Dans ce cas, on exigeait que l'annulation fût adressée à cette dernière (art. 114, P²). Ce fut, à peu près, la disposition admise pour le second projet, en première lecture.

37. En seconde lecture, on revint sur cette formule; car il était inadmissible, lorsque l'acte initial visait un intéressé, en particulier, bien que la déclaration ait pu être donnée à une administration, que l'annulation adressée, au tiers, et non à l'administration, fût sans effet. Aussi, divers amendements furent présentés, qui partaient de cette idée première que, lorsqu'il y avait un tiers

intéressé à qui l'acte initial aurait dû être adressé, et que ce tiers était connu, on ne pouvait pas obliger l'administration à se faire l'intermédiaire de l'annulation. Or, ceci ne pouvait viser que les actes s'adressant à un intéressé, mais pour lesquels le choix était permis, pour l'acte initial, entre l'intéressé direct et l'administration ayant qualité pour recevoir l'acte. S'agissant d'un acte à passer à l'office de l'administration et par son intermédiaire, on comprenait que l'on pût s'adresser directement à cette dernière. Mais, une fois l'acte passé, l'annulation ne pouvait aller qu'à celui qui s'y trouvait directement intéressé. Cette idée émise, on proposa, en vue de lui donner satisfaction, différents amendements (*Pr.* VI, 145-146), dont le dernier consistait à distinguer suivant les déclarations qui s'adressent à quelqu'un et celles qui ne s'adressent à personne, en particulier. Pour ce qui est des premières, il y a toujours un tiers intéressé, et il n'arrive jamais que l'acte ne puisse être adressé qu'à l'administration; il peut se faire que l'acte ne puisse être passé que devant l'administration, comme lorsqu'il s'agit d'inscriptions en matière d'hypothèques ou de registres fonciers, mais la déclaration, à l'effet de requérir cette inscription, peut toujours être adressée, indépendamment de l'administration, au tiers qu'elle concerne. Au contraire, pour les actes unilatéraux ne s'adressant à personne directement, il y en a qui doivent être passés devant une autorité judiciaire ou administrative, on a déjà vu l'exemple de la répudiation d'hérédité. Or, c'était pour ceux-ci, seulement, que le doute pouvait exister, quant à la personne de celui à qui dût s'adresser l'annulation, puisqu'il n'y avait eu personne à qui dût s'adresser l'acte initial. On comprit que les deux catégories d'actes ne pouvaient être confondues, et qu'il fallait, pour chacune d'elles, une réglementation à part. De là l'amendement proposé, qui prévoit tout d'abord le cas d'actes unilatéraux, s'adressant personnellement à partie; lorsqu'un acte de ce genre se réalise, par une déclaration qui puisse être faite, au gré de son auteur, à la partie intéressée ou à l'administration devant laquelle l'acte sera passé, ou déclare que la partie intéressée est toujours partie adverse à l'annulation; n'est-ce pas reconnaître que l'administration ne l'est jamais? Et cela pour les raisons déjà indiquées (Cf. ENDEM., p. 323).

§ 4.

38. Nous arrivons ainsi à ces actes qui ne s'adressent à personne, et qui tous ont, plus ou moins, un caractère impersonnel. C'était pour eux que la difficulté de désigner le destinataire de

l'annulation était considérable; l'acte initial n'avait pas eu de destinataire. Il s'agissait, par exemple, d'un testament, d'une promesse de récompense, d'une souscription d'obligations au porteur, d'un abandon de propriété en matière de choses mobilières, et autres de ce genre, ne s'adressant à personne, en particulier, et valant par le seul fait d'une émission unilatérale de déclaration.

39. Le premier projet (art. 113, P[1]) désignait, en pareil cas, comme destinataire de l'annulation, celui qui eût acquis, en vertu de l'acte ainsi annulable, un droit qui pût se trouver menacé par l'annulation : c'étaient donc, ici encore, les intéressés directs. Mais, il n'est pas douteux, que, dans bien des cas, la question de savoir qui est l'intéressé, ou quels sont les intéressés directs, est extrêmement douteuse, par exemple au cas d'abandon de propriété d'un objet mobilier, la *derelictio*, au moins lorsque aucune autre personne ne s'en est emparé, de façon à en acquérir la propriété; ou encore, à supposer que cette dernière éventualité se soit réalisée, l'ancien propriétaire peut n'en avoir pas eu connaissance et ignorer quel est l'intéressé direct à l'annulation. Les cas de ce genre peuvent être assez fréquents. Aussi, avait-on proposé, devant la seconde commission, soit d'imposer une forme solennelle pour toutes les annulations d'actes de ce genre, lesquelles eussent été faites, par exemple, devant le tribunal de bailliage, sauf à ce dernier à donner à l'annulation la plus large publicité (*Pr.* I, 131), soit à prévoir les cas particuliers les plus intéressants et à prendre, en ce qui les concerne, des dispositions spéciales pour venir en aide à celui à qui appartient le droit d'annulation (*Pr.* I, 133). C'est, au fond, en dépit de la généralité au moins apparente de la formule définitivement adoptée par la première rédaction du second projet (art. 114, § 3, P[2]), à ce système de dispositions purement spéciales que l'on s'était arrêté; car on se contentait d'indiquer que, pour les déclarations qui dussent être adressées à une autorité (judiciaire ou administrative), ou qui dussent être faites devant une autorité de ce genre, la même autorité serait le destinataire légal de l'annulation. On a déjà vu la confusion résultant de cette rédaction, qui visait, tout aussi bien les déclarations s'adressant à un intéressé, par l'intermédiaire d'une administration, que les déclarations impersonnelles à faire devant une autorité administrative. Mais, il n'est pas douteux que c'étaient ces dernières que le texte avait surtout en vue. Or, il se trouvait que, pour la plupart des déclarations de ce genre, celles, tout au moins, pour lesquelles il pût y avoir doute au sujet de l'intéressé direct, le projet avait pris soin de désigner une autorité

devant laquelle dût être faite la déclaration : ce sont donc uniquement ces cas spéciaux que l'on visait dans l'art. 114, P², en disant qu'en pareille hypothèse l'annulation devrait être adressée à la même autorité.

40. On a déjà vu comment, et pourquoi, cette formule de l'art. 114 P² dût être, en quelque sorte, dédoublée, et comment on admît une disposition spéciale pour les déclarations susceptibles d'être adressées à une autorité, mais rentrant au nombre des déclarations s'adressant à un intéressé direct; et comment on admît une disposition différente, visant les déclarations ne s'adressant à aucun intéressé direct, mais susceptibles, cependant, d'être faites devant une autorité administrative ou judiciaire (art. 139 P³). Cette distinction, qui ne touchait qu'à certains points de détail, laissait intact le principe du premier projet, d'après lequel, même les déclarations de ce genre, tout impersonnelles qu'elles fussent, se faisaient par acte privé, sans autre forme judiciaire ou extra-judiciaire (*Pr.* VI, 145-146; 148).

41. Le principe reste donc encore que, pour les déclarations même ne s'adressant directement à personne, l'annulation doit être déclarée à celui qui se trouve être l'intéressé direct; et cet intéressé, comme porte le texte, est celui qui aurait acquis un avantage immédiat par le fait de la déclaration. Sur ce point, le texte définitif (cf. art. 114 § 2 P² et art. 139 P³) ne diffère guère que par la forme de la rédaction primitive du premier projet (cf. art. 113 P¹). On a surtout voulu, en parlant d'acquisition immédiate du chef de la déclaration, écarter les successeurs à titre particulier, ayants-cause ou cessionnaires de l'intéressé initial, qu'il n'y avait pas plus de raison d'admettre, en cette matière, comme destinataires de l'annulation, qu'on ne les avait acceptés, lorsqu'il s'agissait de déclarations personnelles adressées à l'intéressé lui-même (cf. Zit. *R. Gesch.* II, 76). Que l'on suppose, par exemple, une promesse de récompense; l'intéressé immédiat est celui qui, par le fait qu'il a réalisé les conditions fixées, se trouve avoir acquis un droit direct contre l'auteur de la promesse (art. 657). Mais que le créancier eût cédé sa créance (Pl., p. 194), il n'y avait pas plus de raison pour faire du cessionnaire le destinataire légal de l'annulation que lorsqu'il s'agit des ayants-cause ou cessionnaires d'un intéressé direct, tirant son droit d'une déclaration qui lui eût été personnellement adressée.

42. Reste donc, pour les cas les plus importants parmi ceux dans lesquels il puisse y avoir doute sur la personne de l'inté-

ressé, la ressource d'une disposition légale, désignant une autorité quelconque, comme appelée à recevoir la déclaration, ou, plus exactement, une autorité devant laquelle l'acte doive se passer. Dans ce cas, la déclaration d'annulation pourra toujours être faite devant la même autorité. On remarquera, ici encore, que ce n'est qu'une faculté; c'est qu'il peut arriver, malgré cet intermédiaire de l'autorité administrative, qu'il y ait un intéressé direct, ayant retiré un avantage juridique de l'acte. Si donc l'auteur de l'acte lui adresse sa déclaration d'annulation, celle-ci ne peut plus être considérée comme nulle de ce chef; elle a été touchée par celui-là même qu'elle concernait. On pourrait en citer bien des exemples. Il suffira de se reporter à l'hypothèse de l'art. 928, dont il a été déjà plusieurs fois question. Il y a eu déclaration d'abandon de la propriété d'un immeuble; et cette déclaration, qui a été faite à l'office des livres fonciers, se trouve être annulable. Mais on peut supposer que le fisc ait usé du droit d'appropriation que lui donne l'art. 928; si donc c'est à lui que l'ancien propriétaire déclare l'annulation, comme il est l'intéressé direct, on ne voit pas pourquoi cette déclaration serait nulle. On peut en voir un autre exemple dans l'art. 1491, au cas de continuation de communauté. D'après le droit allemand, il y a là une application de la propriété commune, au sens de la *Gesammte Hand*; lorsqu'un ayant-droit vient à disparaître, sa part accroît aux autres (art. 1490). Il en est de même lorsqu'il renonce à sa part; ce pourrait être le cas d'un descendant ayant un droit dans la communauté (art. 1491). Cette renonciation doit être faite devant le tribunal de la succession. Mais, si celui qui l'a faite veut l'attaquer, et qu'au lieu de le faire par déclaration au même tribunal, comme le lui permettrait l'art. 143, il s'adresse à ceux qui dussent profiter de sa renonciation, sa déclaration d'annulation n'en est pas moins valable. A première vue, on aurait pu croire que le cas aurait dû être le même, s'il s'agissait de renonciation à succession (art. 1945). On va voir, à raison de l'art. 1955, que cette solution serait tout à fait inexacte.

43. Il faut remarquer, en tous cas, comme le montre très bien Leonhard (p. 417), que la déclaration d'annulation a moins pour objet d'avertir les intéressés des modifications apportées à la situation juridique dérivant, pour eux, de l'acte qui avait été réalisé, que de garantir l'ayant-droit contre l'échéance du délai d'annulation. Si donc il a adressé sa déclaration d'annulation à l'intéressé direct, au lieu de le faire à l'égard de l'administration devant laquelle l'acte avait été reçu, il n'est pas possible que

cette annulation soit considérée comme non avenue, en ce qui concerne les délais de forclusion des art. 121 et 124.

44. Aussi, serait-on volontiers tenté de donner une solution analogue même dans les hypothèses où la loi eût réglé, elle-même, les conditions de l'annulation, et désigné une autorité compétente, comme étant appelée à en recevoir la déclaration. Ne faudrait-il pas traiter ces hypothèses comme celles où l'on se contente de désigner une autorité pour la passation de l'acte lui-même? Dans ce dernier cas, on vient de voir que l'annulation peut, sans doute, être adressée à la même autorité, mais qu'elle ne serait pas non avenue, si elle avait été adressée à l'intéressé direct. Pourquoi n'en serait-il pas de même, lorsque la loi a expressément désigné l'autorité à laquelle doit se faire la déclaration d'annulation?

45. C'est ce qui se passe, par exemple, à propos de l'acceptation, ou de la renonciation, en matière d'hérédité. La renonciation, on l'a déjà vu, doit être faite devant le tribunal de la succession (art. 1945). A s'en tenir là, on aurait dû admettre, lorsqu'elle est annulable, que l'annulation qui en serait faite à l'égard des intéressés directs, au lieu d'avoir été adressée à ce même tribunal, n'en serait pas moins valable, ou, tout au moins, n'en compterait pas moins, au point de vue des délais d'annulation, sauf à se demander, lorsqu'il y a plusieurs intéressés, si l'annulation faite à l'égard d'un seul peut valoir à l'égard des autres, ce qui est une question réservée. Mais il semble bien que l'art. 1955, en fixant, dans des termes dont le caractère impératif n'est guère contestable, l'autorité compétente pour recevoir l'annulation — et ce sera ici le même tribunal appelé à recevoir la renonciation — écarte cette solution. Sinon, ce texte eût été en partie inutile, au moins pour l'annulation relative aux renonciations d'hérédité, puisque l'art. 143, combiné dans l'art. 1945, eût déjà suffi pour donner compétence au tribunal de la succession. Il est vrai que c'eût été une compétence partagée, les intéressés directs restant aptes à recevoir l'annulation. L'art. 1955 ne peut avoir d'autre but que d'exclure ce droit des intéressés; la déclaration d'annulation ne peut être faite que devant le tribunal de la succession. Et cela s'explique par les difficultés qui, dans l'opinion contraire, se fussent élevées, à raison du nombre d'intéressés possibles, et de l'impossibilité, peut-être, de les connaître tous; aussi a-t-on senti la nécessité de simplifier la situation à l'égard de tous. Et alors, il faut dire qu'il en serait de même, toutes les fois que la loi eût fixé l'autorité compétente pour recevoir l'annulation (cf. art. 1599, 1955, 1956, 2081, 2281 § 2). Dans tous ces cas, l'annu-

25

lation doit être faite devant l'autorité désignée; ce n'est plus seulement une faculté, c'est une obligation.

46. Mais, ces cas à part, il faut revenir à la règle, qui est celle-ci : lorsque la loi se contente de désigner l'autorité devant laquelle l'acte sera passé, et qu'il s'agit d'annuler ce dernier, si la loi n'a pas dit que l'annulation devrait en être faite devant la même autorité, on donne à l'ayant-droit la faculté de s'adresser à l'autorité qui a reçu l'acte, mais sans lui en faire une obligation.

47. Seulement, ce en quoi toutes ces hypothèses diffèrent du cas où il s'agirait de déclarations visant un intéressé direct, mais susceptibles, cependant, d'être adressées à une autorité administrative, c'est que, pour ces dernières, l'annulation doit être déclarée à l'intéressé seulement, tandis que, pour les actes ne visant aucun intéressé direct, lorsqu'ils sont passés devant une autorité administrative ou judiciaire, on peut toujours les annuler en s'adressant à cette autorité, sans même avoir à prouver qu'il y a doute sur la personne de, ou des, intéressés, ou que ceux-ci restent inconnus. On avait bien proposé cette dernière réserve, ou plutôt de ne permettre de passer par l'intermédiaire de l'autorité, devant laquelle l'acte eût été accompli, que s'il n'y avait pas eu d'intéressés au sens du droit commun, c'est-à-dire ayant acquis un avantage juridique immédiat de l'acte attaqué. Ce serait le cas, par exemple, d'un abandon de propriété immobilière, tant que le fisc n'a pas fait acte d'appropriation (art. 928). De même encore, dans l'hypothèse de l'art. 1109, lorsqu'au cas de partage d'un immeuble, au profit duquel existe une charge réelle, celui à qui elle appartient veut la faire porter sur une des parts seulement, on ne voit pas bien en quoi cette déclaration ferait naître au profit d'autres intéressés un avantage qui permît de les désigner comme ayant droit à l'annulation. Il y a d'autres hypothèses de ce genre. C'est à ces hypothèses seulement qu'on avait proposé de restreindre la faculté d'adresser l'annulation à l'autorité désignée pour l'acte lui-même (*Pr.* VI, p. 145-3). C'eût été tout à fait insuffisant; car, à côté des hypothèses où l'intéressé fait réellement défaut, il y a celles où sa détermination peut être simplement douteuse, et, dans tous ces cas, il fallait rendre possible la déclaration d'annulation. Ainsi, par exemple, au cas de constitution d'hypothèque comme garantie d'une obligation souscrite au porteur (art. 1188), en admettant que l'on puisse dire qu'il y a un intéressé actuel, ce qui est douteux, ce dernier peut être inconnu du constituant; il faut donc, puisqu'on lui permet de créer l'hypothèque par simple

déclaration à l'office des livres fonciers, que, s'il veut faire annuler sa déclaration, il puisse passer par la même voie. C'est donc, pour tous les actes juridiques se faisant par déclaration ne s'adressant à aucun intéressé immédiat, que la faculté d'annulation par voie administrative devait être généralisée, au moins lorsque l'acte à annuler avait dû se faire sous cette forme.

48. La loi a pris soin, d'ailleurs (art. 143), pour tous les cas où l'annulation est adressée à une autorité, ayant compétence pour la recevoir, d'exiger de cette dernière qu'elle en donnât communication aux intéressés. Mais, ce qu'il est très important de faire remarquer, c'est que cette obligation n'engage que la responsabilité de l'autorité qui se trouve en cause et ne touche pas aux conditions de validité de l'annulation ; cette dernière est valable, dès qu'elle est reçue par l'autorité compétente, indépendamment de la question de savoir si celle-ci eût averti les intéressés. De cette façon, toute difficulté se trouve supprimée. L'intervention de l'autorité, là où elle existe, remédie par là même à une double série de difficultés, celles qui proviendraient de l'impossibilité de connaître les intéressés, ce qui rendrait l'annulation irréalisable, et celles qui proviendraient de l'impossibilité de les connaître tous, ce qui n'en permettrait la réalisation qu'à l'égard de quelques-uns. Toute cette série d'inconvénients se trouve écartée : l'annulation adressée à l'autorité compétente est valable *erga omnes*.

49. On a vu que, pour un très grand nombre parmi les déclarations à forme impersonnelle, la loi admet la voie administrative ou judiciaire; l'annulation pourra donc être faite par le même procédé. Dans certains cas, cependant, l'autorité compétente pour l'annulation n'est plus la même que celle devant laquelle l'acte avait dû être passé; c'est le cas pour le testament, lequel, du moins s'il s'agit de testament sous forme solennelle, se fait devant un juge ou un notaire (art. 2231) et dont l'annulation, lorsqu'il s'agit d'un testament portant certaines dispositions importantes, telles que l'institution d'hériter — et ceci s'appliquerait tout aussi bien au testament non authentique — doit se réaliser par déclaration adressée au tribunal de la succession (art. 2081). Mais, il faut bien noter que l'art. 2081 n'impose cette forme que pour les dispositions de dernière volonté les plus importantes. Pour les autres on appliquera le droit commun de l'art. 143 (cf. Pl. sur l'art. 2081, II, p. 251-252). Il faut rappeler, également, tous les cas dont il a déjà été question, dans lesquels l'annulation peut être adressée, sans doute, à la même autorité que celle qui avait eu compétence pour recevoir l'acte, mais avec cette particularité

exceptionnelle que la compétence de l'autorité, ainsi désignée, est exclusive de toute autre; c'est à elle seule que l'annulation doit être adressée pour être valable.

50. Tous ces points mis à part, pour les déclarations ne s'adressant directement à personne, mais constituant un acte, ou un fait, juridique qui doive être passé devant une autorité, la règle est que l'annulation pourra en être déclarée devant la même autorité; et le nombre des actes de ce genre à passer, soit devant une autorité administrative, soit devant une autorité judiciaire, est déjà fort respectable. Est-il tout à fait suffisant? On peut en douter. Par exemple, lors de la première lecture du second projet, on avait cité la promesse de récompense comme une des hypothèses qui pourraient exiger une réglementation spéciale en matière d'annulation; cette réglementation n'est pas intervenue (*Pr.* I. 131 et 133). On aurait pu comprendre que la déclaration d'annulation pût être permise sous la même forme que la déclaration de révocation, c'est-à-dire par la même voie de publicité que celle employée pour la promesse (cf. art. 658). Après tout, comme dit Hölder (p. 319), l'annulation d'une déclaration antérieure implique révocation d'une volonté précédemment émise. Il semblerait donc que l'on pût en conclure que l'annulation d'un acte juridique pût toujours se réaliser par l'emploi des formes admises pour la révocation. Il est possible que cette conception finisse par l'emporter et qu'on en arrive à l'appliquer à la promesse de récompense. Jusqu'alors, les différents commentateurs ne paraissent pas être disposés à aller jusque-là. Ils s'en tiennent au droit commun de l'art. 143. Il faut donc admettre que l'annulation n'est possible qu'à l'égard de celui qui a acquis le droit de se prévaloir de la promesse. Mais comment faire si le promettant l'ignore? Sans doute, il pourra révoquer dans les formes de l'art. 658; mais, pour être efficace, il faut que la révocation se produise avant la réalisation du fait qui soit la condition de la récompense promise. A l'égard de celui qui aurait réalisé cette condition, il ne peut être question que d'annulation, dans les cas où l'annulation est possible. Il peut se faire que le promettant ignore que ce fait ait été réalisé, et que, d'autre part, quelqu'un ait acquis droit à la récompense. Pratiquement, il révoquera; et, s'il se présente après coup une personne qui, avant la révocation, ait acquis le droit à la récompense, le promettant lui déclarera l'annulation. Si la cause d'annulation était l'erreur, il ne saurait y avoir de délai de forclusion, puisque l'art. 121 exige simplement que le retard, en matière d'annulation, ne soit pas imputable à faute; et là où l'on

ne savait à qui adresser l'annulation, il ne saurait y avoir faute.

51. Mais la question ne risque-t-elle pas de soulever quelque difficulté en matière de dol, puisqu'au lieu d'un délai indéterminé dont l'appréciation doive se référer uniquement à la question de faute, l'art. 124 impose un délai préfixe d'une année, à courir de la découverte du dol. Si donc on doit admettre, comme la plupart des auteurs semblent le faire, que la promesse de récompense soit un acte se faisant par voie de déclaration qui ne s'adresse à personne, cette promesse de récompense sera par suite annulable pour dol, de quelque personne que celui-ci provienne (cf. *suprà* sur art. 123). Il pourra fort bien arriver que le dol émane de tout autre que de celui qui, ayant accompli le fait indiqué, ait droit d'en réclamer le profit. Ce dernier, l'auteur de la promesse l'ignore, du moins on peut le supposer. Dans ces conditions, il peut n'être pas absolument invraisemblable, lorsque la promesse ne contenait aucun délai d'exécution (art. 658), et surtout si le promettant n'a pas pris soin d'user du droit de révocation, que le fait en question n'ait été accompli qu'à la limite de l'expiration du délai d'annulation. Un an s'est écoulé depuis la découverte du dol, lorsque l'ayant droit se présente pour recevoir sa récompense. Ou bien encore il pourrait très bien se faire qu'il s'agisse d'un prix de concours, pour lequel on ait fixé un délai de deux années, et que cette promesse ait été obtenue par voie de manœuvres dolosives, de la part de personnes portant intérêt, non pas à l'un des concurrents, mais aux résultats à attendre du concours lui-même. Un mémoire n'est présenté qu'à l'approche de l'expiration du délai de deux ans, alors que le dol avait été découvert presque immédiatement après l'ouverture du concours; et l'auteur de la promesse n'avait pas cru devoir révoquer, comptant user de son droit d'annulation.

52. Tout d'abord, une première question se pose. Même si l'on fût encore dans le délai d'annulation, du moment que l'auteur du mémoire n'était pas complice du dol, aurait-on le droit d'annuler à son égard? En réalité, c'est l'auteur de la promesse qui a inspiré le travail dont on demande récompense, et il s'est porté garant du profit qu'il pût y avoir à en retirer. Conçoit-on, si le mémoire réalise les conditions d'obtention du prix, que l'auteur de la promesse se récuse, pour cause de dol, l'autre partie étant étrangère au dol? C'est là, pour le dire en passant, une des conséquences tout à fait regrettables de l'opinion qui semble, à peu près, unanime pour refuser à la promesse de récompense le caractère d'une déclaration s'adressant aux intéressés (cf. *suprà*, note sur

art. 116). Car, si on admettait cette dernière solution, la promesse ne serait annulable pour dol que si l'intéressé, lui-même, eût sa responsabilité engagée relativement au dol; et toute difficulté serait supprimée. Dans l'opinion contraire, il y aurait une ressource, qui serait d'admettre, en pareil cas, les dommages-intérêts pour nullité de contrat. Mais on a déjà vu que la généralisation de cette théorie ne va pas sans difficulté; et alors, si on ne l'admettait pas, il faudrait donc s'en tenir à ce fait qu'il n'y a pas de dommages-intérêts pour nullité de contrat en matière de dol; le Code civil, en effet, n'en parle pas! Il n'en parle pas, sans doute, parce que, n'admettant l'annulation, en principe, que contre un tiers responsable du dol, on ne pouvait guère prévoir l'hypothèse où l'annulation atteindrait un intéressé parfaitement étranger au dol commis. On vient de voir, cependant, que l'opinion qui prévaut en matière de promesse de récompense nous fournit l'exemple d'une hypothèse de ce genre; et peut-être est-ce une raison de plus pour admettre, en ce qui touche ces dommages-intérêts, la généralisation déjà exposée sur l'art. 141. Si l'on s'y refusait, il faudrait s'en tenir à la responsabilité délictuelle; et ce serait vraiment tout à fait insuffisant, pour ne pas dire parfaitement injuste. Tout au plus, pourrait-on dire que la responsabilité contractuelle du promettant serait écartée, lorsque l'ayant-droit eût accompli le fait indiqué dans l'ignorance de la promesse elle-même, puisque, même dans ce cas, l'art. 657 lui donne encore droit à récompense. On ne pourrait prétendre, en effet, qu'il ait eu foi dans la promesse antérieurement faite et que cette dernière ait été la cause directe de l'exécution réalisée par lui.

53. Quoi qu'il en soit de cette question de responsabilité résultant de l'annulation, cette dernière reste possible, au moins dans l'opinion qui paraît l'emporter sur le caractère de la déclaration de volonté ayant pour objet une promesse de récompense. Mais sera-t-elle encore possible, si le délai d'annulation est expiré, bien que l'auteur de la promesse n'ait pu savoir à qui adresser sa déclaration d'annulation? On pourrait être tenté de dire qu'il est en faute de n'avoir pas usé à temps du droit de révocation (art. 658). Mais ne pourrait-il pas arriver, même s'il en eût usé, que la réalisation du fait fût déjà accomplie, ou du moins commencée sur la foi de la promesse, et que, cependant, celui qui l'avait accomplie ne se révélât qu'après le délai d'annulation. Cette éventualité n'est pas tout à fait invraisemblable, au moins, dans l'exemple, déjà cité, d'un concours avec délai de deux années. Dès la première, l'auteur d'un mémoire, réunissant les conditions

d'obtention du prix, avait achevé son travail, et il peut le prouver, mais le dol ne se découvre qu'après coup. La révocation n'intervient qu'une fois le mémoire achevé. D'autre part, l'auteur du mémoire attend l'expiration du délai du concours pour déposer son travail et se révéler. Rien n'est plus vraisemblable. Il n'y a de faute, ni d'un côté ni de l'autre; et, à coup sûr, il n'y en a pas du côté de la victime du dol, qui a usé de son droit de révocation, sans aucun retard imputable à faute, mais trop tard, cependant, pour que celle-ci soit opposable à l'ayant-droit, et qui ne peut avoir de ressource, vis-à-vis de ce dernier, que dans l'annulation. Sera-t-il forclos?

54. A prendre l'art. 124 dans sa lettre, il semble bien qu'il doive en être ainsi; et, cependant, il est bien certain qu'on a voulu se montrer plus favorable au cas de dol que lorsqu'il s'agit d'erreur. D'autre part, la pensée du texte doit se manifester très pleinement par les deux délais qu'il établit. L'un constitue une véritable déchéance, indépendante de toute question de faute : après trente ans, tout doit être fini. L'autre, celui d'un an, ne s'ouvre que lorsque commence la responsabilité de celui à qui appartient le droit d'annulation, puisqu'il suppose la découverte du dol. A se montrer rigoureux, on aurait dû exiger alors une déclaration immédiate, comme au cas d'erreur; mais, à raison de la gravité du fait et du peu d'intérêt que mérite ici la partie adverse, on étend ce délai à un an. Il s'agit donc d'une extension du délai admis au cas d'erreur, ce qui implique que le délai, qui serait celui de l'annulation pour erreur, soit déjà ouvert; car il constitue comme le point de départ forcé, ou comme le minimum, de tout délai, en matière d'annulation pour vice de la volonté. Or, pour que ce délai soit ouvert, il faut que la responsabilité de celui à qui incombe la déclaration puisse commencer, donc qu'il soit en état de faire sa déclaration, ce qui suppose, non seulement la découverte du vice duquel dérive l'annulabilité, mais l'existence d'un adversaire à qui cette déclaration puisse s'adresser. Si donc cette seconde condition ne se réalise qu'après le délai d'un an de l'art. 124, il faut admettre que l'ayant-droit a gardé son droit d'annulation.

55. Seulement, on aurait pu croire, en pareil cas, le délai normal étant expiré, que l'auteur de la promesse ne pourrait plus faire valoir son droit qu'à la condition de l'exercer sans retard, c'est-à-dire dans le délai prescrit par l'art. 121, pour le cas d'erreur; car il semble bien que ce soit le délai de droit commun, auquel on doive revenir, lorsque le délai exceptionnel est passé.

Les auteurs qui ont prévu et déjà examiné la question, par exemple sur l'art. 124 (*suprà*, art. 124, note n° 6), paraissent croire, au contraire, que c'est le délai de l'art. 124 qui ne commencerait à courir que du jour où il y a un intéressé, à l'égard duquel la déclaration d'annulation puisse être adressée. Mais il est permis de se demander si cette solution répond véritablement au but de la loi. Si on a prolongé le délai, c'est afin de donner à la victime un temps de réflexion suffisamment prolongé; mais ce temps de réflexion vise l'appréciation du dol ou de la violence, et non la considération de la personne à l'égard de laquelle l'annulation serait déclarée. Si donc l'année s'est écoulée depuis la cessation ou la découverte du vice, il semble que le but de la loi est rempli; la seule raison qui empêche de considérer le délai comme définitivement clos, c'est l'impossibilité d'agir, faute d'un intéressé à qui adresser l'annulation. Or, dès que celui-ci se présente, dès qu'il est connu, on devrait ne plus prolonger le délai que dans la mesure de ce qui est indispensable à la victime pour se décider à l'égard de la personne qui vient de se révéler. Cette soluion, toutefois, ne semble pas devoir l'emporter; et ce serait le délai lui-même qui commencerait seulement à courir par la révélation de l'intéressé.

Il faut ajouter, d'ailleurs, que toutes ces solutions s'imposent, si l'on doit voir dans ces délais d'annulation une sorte de confirmation tacite, comme cette conception paraît bien résulter des travaux préparatoires sur l'art. 144 (note sur l'art. 144, n° 5).

§ 5

56. Il reste, pour achever toute cette théorie, une dernière question que le texte ne résout pas expressément, et sur laquelle les travaux préparatoires présentent des opinions assez peu concordantes. Il peut, en effet, arriver que, pour un même acte juridique, contrat ou acte unilatéral, il y ait plusieurs intéressés directs et, par suite, plusieurs destinataires légaux de l'annulation. Il faut donc se demander ce qui arrivera si l'ayant-droit n'adresse sa déclaration qu'à l'un d'entre eux seulement; et, bien entendu, la question ne présente de difficultés que s'il s'agit d'actes non divisibles. Sinon, l'acte pouvant se partager en plusieurs actes distincts, passés avec chacun des intéressés, il n'y aurait d'annulé que l'acte relatif à celui de ces intéressés à l'égard duquel l'annulation eût été déclarée (cf. Leonh. p. 418, note 4). Il en est ainsi surtout si la cause d'annulation se trouve n'exister que par

rapport à l'une des parties, et non à l'égard des autres, comme dans l'exemple cité par Leonhard, d'une donation en argent, faite à deux frères, et annulable pour dol, alors que l'un des deux, seulement, est l'auteur du dol, l'autre l'ayant ignoré et n'étant pas en faute de l'avoir ignoré. A supposer qu'elle eût été annulable pour dol à l'encontre des deux donataires, il semble difficile, cependant, que la solution, en ce qui touche l'annulation qui ne fût adressée qu'à l'un des deux, ne fût pas la même; car, en ne l'adressant qu'à l'un, le donateur semble bien vouloir considérer l'acte comme susceptible de se diviser en deux donations distinctes, dont il annulerait l'une et maintiendrait l'autre, comme c'est son droit. Il paraîtrait assurément excessif de considérer, même dans ce cas, que l'une des parties représentât toutes les autres au point de vue de l'annulation. La loi l'admet, lorsqu'il s'agit d'une autorité administrative, ou judiciaire, entre les mains de laquelle l'annulation doive se faire; mais, attribuer le même rôle et la même fonction à l'une des parties, par rapport à toutes les autres, cela semblerait en contradiction absolue avec la désignation légale des ayants-droit à la déclaration d'annulation, puisque, par cette désignation, la loi donne à ces destinataires légaux de la déclaration un droit véritable à ne subir l'annulation que lorsqu'elle leur été spécialement adressée; et l'on entrevoit l'importance de cette solution en ce qui touche le délai d'annulation.

57. Les difficultés commencent vraiment lorsque l'acte ne peut se scinder en plusieurs actes distincts, passés chacun avec chacun des intéressés. Et, c'est alors que la solution peut paraître embarrassante. On en conçoit trois, entre lesquelles il puisse y avoir doute. Ou bien l'annulation adressée à une seule des parties vaudrait à l'égard de toutes les autres; ou bien, elle ne vaudrait à l'égard d'aucune, tant que les autres n'eussent pas reçu semblable déclaration; ou enfin elle ne serait efficace qu'à l'égard de la partie à laquelle elle eût été adressée. La première solution, qui serait, sans doute, de beaucoup la plus simple, avait été adoptée par les Motifs du premier projet (M. I. 221), bien que rien, dans le texte de l'art. 113 P[1], n'indiquât expressément qu'il dût en être ainsi. On l'a reconnu devant la seconde commission.

58. Cette interprétation avait été vivement attaquée. Zitelmann, par exemple, avait parfaitement montré combien il serait injuste, dans bien des cas, que toutes les parties intéressées à un acte pussent se trouver en subir l'annulation sans le savoir, par le seul fait que l'une d'elles en eût reçu la déclaration (ZIT. *Rechtsgesch*, II. 77). Il est vrai que l'exemple qu'il avait choisi ne pour-

rait plus s'appliquer aujourd'hui avec la même généralité. Il supposait un testament annulé par déclaration adressée à un légataire, alors que tous les intéressés, tenant leurs droits du testament, dussent voir, par le fait même, tous leurs droits annulés, sans en avoir été directement avertis; et il en aurait été ainsi, par exemple, même de l'héritier institué. Cette hypothèse ne pourrait plus se réaliser, sous cette forme, que dans des cas assez restreints, puisque, toutes les fois que le testament porte une disposition rentrant parmi celles indiquées à l'art. 2081, et entr'autres une institution d'héritier, ou la nomination d'un exécuteur testamentaire, l'annulation doit en être faite devant le tribunal de la succession, lequel avertit les intéressés. Mais, en dehors de ces hypothèses, les formes de l'annulation, même en matière testamentaire, restent soumises au droit commun de l'art. 143; si donc il s'agit d'un testament contenant de simples legs, c'est l'art. 143 qui s'applique. Et alors, si le testament avait été fait devant un juge (art. 2231), cela équivaut-il à ce qu'il faut entendre, d'après l'art. 143, lorsqu'il est question d'acte passé devant une autorité? L'affirmation est peu vraisemblable; si on dût l'admettre, l'annulation pourrait s'en faire devant le juge, mais cette forme serait facultative et non imposée. Il resterait toujours la possibilité d'en adresser la déclaration au légataire ou à l'un des légataires, s'il y en a plusieurs. Si, comme cela paraît beaucoup plus sûr, un juge n'est pas une autorité judiciaire, au sens de l'art. 143, l'annulation ne pourrait avoir lieu que sous la dernière forme qui vient d'être indiquée, par déclaration aux intéressés. Dans tous ces cas, l'exemple de Zitelmann n'a rien perdu de sa valeur.

59. Pour faire droit à ces diverses réclamations, on présenta devant la seconde commission plusieurs amendements, dans des sens assez divers, mais dans lesquels se laissait entrevoir, surtout, la pensée prédominante de ne rendre l'annulation opposable qu'à celui qui en aurait reçu la déclaration. On se décida toutefois à n'admettre, sur ce point, aucune solution formelle dans la loi; les termes du texte laissaient, en effet, la question indécise. Il sembla que ce fût à la pratique et à la doctrine de lui donner une réponse. Aussi, les auteurs inclinent-ils déjà à des solutions quelque peu divergentes. C'est à Planck qu'il faut se reporter, comme à celui qui ait présenté l'analyse la plus complète de la difficulté.

60. Il se place au point de vue des trois hypothèses prévues par l'art. 143, les contrats, les actes unilatéraux qui s'adressent à un intéressé, et ceux qui ne s'adressent à personne.

Pour ce qui est des contrats, à supposer un contrat conclu avec plusieurs parties d'un même côté, et que le contractant, qui ait droit à l'annulation, n'ait adressé sa déclaration qu'à l'une d'elles, Planck considère que le contrat est annulé par rapport à cette dernière et qu'il subsiste à l'égard des autres, sous réserve de l'application de l'art. 139. Si, en effet, la nullité du contrat, par rapport à l'un des contractants, modifie à ce point la situation des parties qu'il soit à présumer que le contrat n'eût pas été conclu dans ces conditions, le contrat tout entier se trouve nul. A quoi Hölder répond qu'un contrat conclu, par exemple, entre A, B et C ne se décompose pas en trois contrats, l'un qui serait passé entre A et B, l'autre entre A et C, et le troisième entre B et C; mais qu'il n'y a, en réalité, qu'un seul contrat, lequel ne peut pas être annulé pour partie. On ne peut pas dire que, par suite de l'annulation déclarée par A à B, il n'y ait que le contrat passé entre ces deux derniers qui devienne nul, les deux autres restant intacts. Tout ce que l'on peut dire, d'après Hölder, c'est que A, par son annulation, a entendu se dégager de tout contrat dans lequel il fût partie; il ne peut donc subsister aucun contrat dont il restât l'un des contractants, pas plus celui que Planck considère qu'il eût passé avec B que celui qu'il serait censé avoir conclu C. Tout au plus, pourrait-on admettre que le contrat subsistât entre B et C; mais cela, non plus en vertu de l'art. 139, en considérant que la nullité partielle n'eût pas empêché le contrat de se conclure tel quel, mais en vertu de l'art. 140, d'après lequel, lorsqu'un acte est nul, tel qu'il a été fait, s'il se trouvait contenir les éléments d'un acte différent dont l'existence réponde aux intentions des parties, cet acte se substitue au premier, lorsque l'acte principal se trouve nul. Comme on le voit, Hölder (p. 319) accepte que l'annulation vaille pour le tout, même lorsqu'elle n'est adressée qu'à l'une des parties.

61. Leonhard présente un exemple qui semble bien laisser apparaître une opinion tout opposée. Il suppose une maison appartenant à deux copropriétaires, et un louage passé avec ces derniers, l'un des deux s'étant rendu coupable de dol; dans ce cas, le locataire doit déclarer l'annulation à l'égard des deux copropriétaires pour que le contrat devienne nul. Il semblerait même que Léonhard n'admettrait pas l'annulation partielle, à l'égard de celui seulement auquel elle eût été adressée. Cette annulation ne vaudrait que si elle est suivie d'une déclaration identique faite à l'autre intéressé, et lui parvenant dans les délais. Il y aurait, à ce sujet, une première question, qui serait celle de

savoir, si l'un des deux copropriétaires seulement est coupable de dol, dans quelle mesure, s'agissant d'un contrat indivisible, l'annulabilité résultant du dol fût opposable à l'autre. Si l'affirmative doive être admise, et que par suite le contrat soit annulable à l'égard de l'un et de l'autre, Leonhard semble bien en conclure que l'annulation, pour être valable, devra être déclarée aux deux : donnerait-il la même solution, si tous deux étaient complices? A-t-il entendu que, par rapport à celui qui, de droit commun, ne dût pas se voir opposer l'annulation, lorsqu'elle n'a d'effet, à son égard, que par suite de l'indivisibilité de l'objet, encore faut-il, pour qu'elle puisse exister contre lui, qu'on la lui déclare? Mais, peut-être, concevrait-on qu'il n'en fût plus de même si la cause d'annulation existait à l'égard des deux cointéressés; l'annulation ne pouvant être partielle, on pourrait admettre que le seul fait de la déclarer à l'égard de l'un dût valoir manifestation suffisante, de la part de l'ayant-droit, d'opter pour la nullité; et cette option serait indivisible.

62. Quoi qu'il en soit, là où il s'agit d'un acte unique, qui ne puisse se scinder en plusieurs, il paraîtra peut-être plus logique, en effet, de se décider en faveur de l'une ou l'autre des deux solutions extrêmes : ou bien, considérer que la déclaration faite à l'un des intéressés vaut à l'égard de tous; ou bien accepter qu'elle ne vaut que conditionnellement, tant qu'elle n'a pas été adressée à tous les destinataires visés par la loi. Il est vrai qu'il resterait, peut-être, une solution intermédiaire, qui serait d'admettre qu'au point de vue du droit à l'annulation, et par suite en ce qui concerne les délais, ce droit est conservé, à l'égard de tous, par une seule déclaration, mais que l'annulation n'est acquise que lorsque tous en ont reçu la déclaration. Au moins, cette solution semblerait-elle sauvegarder tous les intérêts, dans le cas où il s'agit d'un acte dont les parties soient connues, comme c'est le cas des contrats. En faisant une seule déclaration, l'ayant-droit manifeste son choix, et il est indivisible; donc, il vaut à l'égard de tous. Mais, pour la même raison, pour le réaliser, il faut le réaliser contre tous, et tous ont droit à ce que l'annulation leur soit adressée.

63. La même solution devrait s'appliquer, tout aussi bien, lorsqu'il s'agit d'actes unilatéraux s'adressant à partie, un congé, une résiliation, et autres actes de ce genre. La raison de décider est la même. Planck considère, ici encore, qu'il y a eu plusieurs déclarations distinctes, et que, par suite, chacune peut être annulée distinctement, comme par exemple un congé qui eût été

déclaré à plusieurs co-propriétaires, et dont on voulût prononcer l'annulation. Il faudrait admettre, s'il en est ainsi, et pour reprendre l'exemple déjà cité, que l'annulation déclarée à l'un n'annulerait le congé qu'à l'égard de ce dernier; ce qui ferait que le locataire se trouverait avoir résilié par rapport à l'un des copropriétaires, et non par rapport aux autres. Est-ce possible? Planck ajoute bien, sans doute, que cette relativité de l'annulation ne devra être admise que dans les cas où les résultats auxquels elle dût conduire ne rendraient pas impossibles, ou inefficaces, les conséquences juridiques à attendre de l'acte initial, ainsi annulé pour partie et maintenu pour partie. Mais, n'est-ce pas, en somme, ce qui se passe toujours là où il y a eu véritablement un acte unique qui ne puisse se scinder en plusieurs? Et ne faut-il pas le traiter, à ce point de vue, comme l'on ferait à l'égard d'un contrat conclu avec plusieurs cointéressés?

64. Reste le cas, peut-être, le plus embarrassant, celui des actes unilatéraux ne s'adressant à personne. Aussi, s'empresse-t-on de convenir que l'intérêt de la question se trouve considérablement restreint, puisque, pour les plus importants, parmi les actes de ce genre, il y a une autorité désignée, soit à laquelle il y ait obligation d'adresser l'annulation, soit à l'égard de laquelle cette ressource soit au moins une simple faculté; mais dans tous les cas, dès qu'on a passé par cet intermédiaire, tout est tranché. A ce point de vue, tout au moins, l'autorité désignée représente tous les intéressés, même simplement éventuels. Mais, on sait déjà que cette double catégorie, pour laquelle l'intervention administrative peut se trouver remédier à tout, ne comprend pas tout; et il faut encore revenir à la promesse de récompense, puisqu'on la classe parmi les actes dont nous nous occupons, ou, si l'on préfère, au testament, dans les cas où l'on a vu que l'annulation ne s'en fait plus forcément auprès de l'autorité judiciaire.

65. Pour tous ces cas, Planck maintient son même principe de relativité, sauf à faire de la nullité partielle une nullité totale, dans tous les cas où l'art. 139 puisse l'exiger ainsi. Il faudrait rechercher si celui qui a fait l'acte initial pourrait encore être présumé avoir voulu l'accomplir s'il eût prévu qu'il se trouverait nul à l'égard de telle personne déterminée. Resterait à faire l'application de cette théorie à la promesse de récompense. Or, il est peu probable que celui qui l'a faite eût consenti, s'il en eût prévu la nullité, à admettre que son engagement, nul à l'égard de telles ou telles personnes, pût rester valable à l'égard

des autres, et qu'il eût consenti, par conséquent, à faire une promesse dans ces conditions. On en arrive à ce résultat que presque toujours l'annulation à l'égard de telle personne déterminée, qui eût rempli les conditions fixées, vaudra annulation à l'égard de toute autre personne qui pourrait se présenter par la suite. Et il est bien certain, en effet, qu'à aucun point de vue il ne saurait être question d'admettre, en pareil cas, le système qui fait dépendre l'annulation de l'accomplissement, à l'égard de tous les intéressés, des formalités de la déclaration; il s'agit d'intéressés éventuels et inconnus! Il faut donc, ou accepter l'idée que la déclaration faite à un seul est opposable à tous, ou admettre la nullité partielle, n'existant qu'à l'égard de ceux à qui elle aura été déclarée. S'en tenir à la première conception serait, par exemple, s'il s'agit de testament, en revenir aux inconvénients déjà signalés par Zitelmann; et, pour ce qui est de la seconde, elle n'est possible que là où les conséquences juridiques que devait produire l'acte attaquable ne sont pas indivisibles. S'il en est ainsi, on ne voit pas bien, en effet, pourquoi, pour cet acte en particulier, il en serait autrement que lorsqu'il s'agit de tout autre acte divisible; est-il donc invraisemblable d'admettre qu'une promesse de récompense se décompose en autant d'engagements distincts qu'il y aurait de personnes remplissant les conditions fixées; ou encore qu'un testament qui ne contiendrait que des legs particuliers s'analyse en une série de dispositions de dernière volonté, qui soient toutes indépendantes les unes des autres?

66. Mais il n'est pas douteux qu'il suffit de ces quelques observations pour faire apercevoir toutes les difficultés qui résulteront de cette multiplicité possible de destinataires en matière d'annulation. Et l'on conçoit mal les raisons qui, s'agissant d'actes ne visant personne directement, et ne s'adressant à personne, ont empêché d'admettre que l'annulation pût s'en faire, dans tous les cas, soit à une autorité spéciale, soit, à défaut de désignation particulière de ce genre, devant le tribunal de bailliage.

§ 6

67. Peut-être pourrait-on remédier, au moins dans une assez large mesure, à toutes ces complications, si l'on admet que les déclarations, même adressées à partie intéressée, peuvent être tacites (*suprà*, not. sur art. 130, n° 48 et suiv.). La déclaration d'annulation est une déclaration s'adressant à partie, même lorsqu'elle se produit au sujet d'un acte qui, lui, ne s'adressait à per-

sonne. Cependant, bien que cette déclaration s'adresse à partie, ne doit-on pas dire, lorsque les intéressés sont eux-mêmes personnes incertaines, qu'elle s'adresse à partie incertaine, ce qui n'est pas chose irréalisable, on l'a vu à propos des offres adressées à des tiers indéterminés (not. sur art. 130, n° 15)? Et alors, le lien qui rattache la légitimité des déclarations tacites, même à partie intéressée, et celle des déclarations à personne incertaine, celles-ci supposées expresses, consiste en ce que, dans ces dernières, il faut forcément admettre que le déclarant fait tout ce qui dépend de lui pour porter la déclaration à la connaissance des intéressés, sans cependant avoir la possibilité de les atteindre sûrement. Cela implique que ce seront les intéressés qui viendront à la connaissance de la déclaration qu'on leur fait, par un mouvement qui exige d'eux une part, si minime qu'elle soit, d'initiative; et ce procédé de transmission, qui ne fait, en quelque sorte, que la moitié du chemin, est précisément ce qui caractérise la déclaration tacite. Celle-ci ne se réalise pas par un procédé d'information qui aille trouver l'intéressé, et l'atteindre directement en sa personne, sans qu'il ait à jouer d'autre rôle qu'un rôle purement passif; elle se manifeste par l'emploi de formes destinées à faire connaître, sans doute, la volonté qu'elles révèlent, mais à la condition que l'attention de l'intéressé se trouve s'y appliquer, et qu'il se livre à l'interprétation, d'ailleurs supposée à peu près évidente, qu'elles exigent. Si cette demi-transmission est admise, en matière de déclarations tacites, à plus forte raison doit-elle se justifier, là où la manifestation de volonté est aussi expresse que possible quant à la forme employée, alors qu'elle ne peut se réaliser qu'à moitié, pour ce qui est de découvrir et d'atteindre celui qu'elle vise.

68. Si toutes ces déductions sont exactes, ne faudrait-il pas en conclure alors, lorsqu'il s'agit d'intéressés purement éventuels ou incertains, qu'une déclaration donnée dans les formes les plus propres à la porter à la connaissance des intéressés, par exemple s'il s'agit de promesse de récompense, sous forme de publication identique à celle employée pour la promesse elle-même, serait encore, à l'appréciation des tribunaux bien entendu, une déclaration suffisante au sens de l'art. 143? Ce qui serait revenir, ou à peu près, au mode d'information que, pour la promesse de récompense, Hölder jugeait le plus pratique et le plus sûr. Serait-ce donc aboutir ainsi à une solution qui a été démontrée certainement contraire à la loi? Absolument pas; car il faudrait bien se garder de dire que, s'agissant de promesse de récompense, il suffirait d'une annulation, donnée dans les formes de la révoca-

tion de l'art. 638, pour qu'elle fût toujours, et forcément, valable. Il s'agit, tout au contraire, d'une question d'appréciation, pour laquelle on s'en est remis au juge. Il y a donc lieu de se demander si l'auteur de la promesse a fait tout ce qui dépendait de lui, pour que sa déclaration parvienne aux intéressés. S'il en est qu'il connaisse sûrement, une simple mesure de publicité, sans transmismission directe, pourrait être jugée insuffisante. Mais, s'il s'agit de personnes qu'il ignore, ce mode d'information pourra très bien, suivant les circonstances, être considéré comme un moyen suffisant de les atteindre et de leur adresser la déclaration qui les concerne; ce qui trancherait, de la façon la plus simple, toutes les difficultés dont il a été question, soit à propos de l'expiration du délai, soit en ce qui touche la pluralité des intéressés.

69. Et, ce qui vient d'être dit de la promesse de récompense s'appliquerait tout aussi bien, en matière de testament, en ce qui touche la déclaration adressée à l'un seulement des légataires. D'une façon générale, il faudrait en dire autant de toutes celles concernant plusieurs intéressés, ayant droit à être informés, chacun pour son compte. La loi ne dit pas, en effet, qu'ils aient à être informés personnellement. Il peut se faire que l'information, adressée à l'un d'eux, soit donnée dans de telles conditions que les autres doivent la connaître et que les circonstances qui ont entouré la déclaration faite à l'un, et les formes qu'elle a revêtues, soient telles que, de la part de son auteur, il y ait véritablement déclaration tacite à l'égard des autres. Il ne s'agit plus cette fois, de déclaration à personne indéterminée; et il n'y aurait pas lieu d'admettre qu'une mesure collective de publicité fût de nature à être considérée comme suffisante, puisque, ici, tous les intéressés sont censés connus. Mais, il s'agit de déclaration tacite; et la déclaration, qui est tacite à l'égard des uns, résulte d'une déclaration, qui serait expresse, par rapport à l'un des intéressés; non pas que celui-ci fût le représentant de tous les autres, mais parce que, des circonstances qui ont entouré la déclaration à lui faite, il résulte que cette dernière contenait, en quelque sorte, sous forme tacite, autant de déclarations qu'il y eût d'intéressés, et que, d'autre part, ceux-ci étaient mis à même de connaître, et d'interpréter ainsi, l'information qui les concernait.

Art. 144. — Le droit de déclarer l'annulation n'existe plus, lorsque l'acte annulable a été confirmé par celui qui avait droit à l'annulation.

La confirmation n'exige pas l'emploi des formes qui pou-

valent être prescrites pour l'acte qu'elle a pour effet de consolider.

§ 1

1. On sait que le sort de l'acte annulable dépend de l'appréciation de celui à qui appartient le droit d'annulation, et, par suite, d'une option à faire par lui, soit dans le sens de la nullité, soit dans le sens de la validité. Par la déclaration d'annulation, il le reconnaît comme ayant toujours été nul; mais, par une déclaration de confirmation, il peut le reconnaître comme ayant toujours été valable. Ces deux manifestations de volonté doivent avoir, toutes deux, le même caractère; c'est-à-dire, être purement unilatérales et avoir, toutes deux, un effet rétroactif (sur cette rétroactivité, voir M. Bruck, *Die Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte*, p. 51 suiv., dans *Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von R. Leonhard*).

2. C'est en effet ce qui est admis par l'art. 144, en ce qui touche la confirmation applicable aux actes annulables, et en cela bien différente de ce que l'on a pu admettre comme confirmation à l'égard des actes nuls (art. 141). La confirmation, en matière d'actes annulables, est un acte purement unilatéral, ce n'est pas le renouvellement du contrat ou de l'acte primitif; et, par suite, elle n'exige aucune des formes prescrites pour ce dernier, enfin elle est une pure renonciation au droit d'annulation, laquelle a pour but de faire considérer l'acte initial comme ayant toujours été valable; c'est ce que dit, ou à peu près, l'art. 144, et cela revient à dire que la confirmation opère avec effet rétroactif, et cela à tous les points de vue, non seulement dans les rapports personnels entre les parties, comme au cas de l'art. 141, mais même en matière réelle.

3. La seule condition exigée, pour que cette confirmation soit valable, est que celui qui confirme — et c'est là une application pure et simple du droit commun, que l'art. 144 n'a pas cru devoir rappeler expressément — ait eu connaissance du vice, ou plutôt que le vice ait cessé d'exister, par rapport à lui, et dans la mesure où il s'appliquait à sa volonté; donc que l'erreur ait disparu, qu'il se soit aperçu du dol, ou que la violence ait cessé d'exister à son égard. Aussi, cette confirmation a-t-elle un effet purement relatif, quant au vice qu'elle peut avoir en vue. Et si, par exemple, comme le suppose Hölder, celui qui avait été victime d'une violence, et qui, malgré cela, a confirmé, une fois sa liberté reconquise, s'aperçoit qu'en outre la partie, avec laquelle il avait con-

tracté, l'avait trompé et qu'il y eût dol de ce chef, la confirmation qu'il avait donnée antérieurement ne s'appliquera pas à l'annulation à laquelle il a droit, sur le fondement du dol commis contre lui.

4. Reste la question de formes, au sujet de laquelle des difficultés assez sérieuses peuvent s'élever. Il aurait pu sembler que, s'agissant d'une option à réaliser, la volonté de l'ayant-droit dût se manifester dans les mêmes formes, quelle que fût la décision prise, qu'il optât pour la nullité ou pour la validité. Il en fût résulté que la confirmation aurait dû se réaliser, comme l'annulation, par une déclaration conforme, adressée à celui, ou à ceux, qui eussent été les destinataires légaux de l'annulation, c'est-à-dire aux intéressés directs. Non pas, sans doute, qu'une déclaration formelle ou même expresse eût été nécessaire; on a vu déjà que même une déclaration s'adressant à partie intéressée peut être tacite; et, spécialement, en ce qui concerne l'annulation, il a pu sembler que le seul fait d'agir comme si l'on considérait l'acte comme nul, par exemple en disposant à nouveau de la chose qu'il eût pour objet, serait une déclaration suffisante d'annulation, pourvu que cet acte de disposition eût été réalisé dans des conditions telles, ou en des formes telles, qu'elles eussent pour but de faire connaître à l'intéressé lui-même, celui que l'annulation devait toucher directement, la décision prise par l'ayant-droit et le choix auquel il s'est arrêté : il y aurait encore, dans cette déclaration tacite, une déclaration adressée à l'intéressé, du moins peut-on le soutenir. Mais encore faut-il qu'il y ait eu volonté de faire parvenir cette décision à la connaissance de l'intéressé, et emploi de formes ou de moyens suffisants pour qu'en effet cette déclaration, même tacite, lui parvienne. De même aurait-on pu admettre qu'il dût en être ainsi de la confirmation : il eût fallu encore, expresse ou tacite, qu'elle fût adressée aux intéressés.

5. Il est certain, cependant, que cette assimilation a été repoussée. On a voulu, non seulement qu'une manifestation purement tacite de confirmation, mais qu'une manifestation de ce genre, même non destinée à celui qui était intéressé à la connaître, pût valoir comme confirmation déjà irrévocable. Et l'on songeait surtout au cas où l'ayant-droit, s'agissant de contrats, par exemple, exécuterait lui-même, en toute connaissance de cause, les engagements qui lui incomberaient. Il peut très bien arriver que cette exécution, au moins dans les actes qui en constituent le début, soit réalisée de façon à ce que l'intéressé ne soit pas mis à même de la connaître. On peut supposer, par exemple, une com-

mande d'ouvrage, faite à un ouvrier, ou à un industriel, qui s'est laissé tromper sur les conditions du contrat, de telle sorte qu'il y ait dol ou erreur susceptibles de vicier le marché. Il découvre l'erreur, il découvre le dol; et, malgré cela, il se met en mesure d'exécuter la commande qui lui a été faite. Cette exécution a lieu dans des conditions qui ne sont pas destinées à la porter à la connaissance de l'autre partie. On a voulu, néanmoins, qu'une exécution de ce genre puisse valoir, même dans ce cas, et bien que ne constituant plus une déclaration qui s'adresse aux parties intéressées, comme renonciation définitive au droit d'annulation (*Pr.* 133-134). Et, par là, s'explique que le silence, ou l'abstention prolongée, en ce qui touche l'exercice du droit d'annulation, vaille comme confirmation tacite (art. 121 et 124). Cette sorte de rapprochement, ou plutôt d'assimilation, entre les délais de forclusion et la confirmation, est acceptée par la doctrine française, en matière de nullité relative, et sur le terrain de l'art. 1304, C. civ. fr. (Cf. Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 738 et suiv.; Planiol, *Traité de droit civil*, I, n° 324, *in fine*). Il semble bien qu'elle doive s'imposer aussi en droit allemand, en ce qui touche l'annulabilité (Cf. Endem., p. 320-321). Et la conséquence qui en résulterait serait, tout à fait, en faveur de l'idée, déjà émise, que le délai d'annulation ne saurait jamais commencer avant qu'il pût y avoir faute ou négligence, de la part de l'ayant-droit, à ne pas se prononcer sur le choix qui lui appartient (Cf. *suprà*, note sur art. 143, n° 49).

6. Planck qui, sur le terrain des résultats, admet bien, ou à peu près, toutes ces solutions, semble leur donner pour fondement une distinction, qui, d'ailleurs, lui est familière, mais à l'encontre de laquelle bien des doutes se présentent (cf. not. sur art. 130), entre simples manifestations, et déclarations, de volonté. Il considérerait, par suite, que la volonté de tenir l'acte pour valable ne serait qu'un pur fait de manifestation de volonté; et voilà pourquoi, d'une part, cet acte n'aurait pas à être adressé à qui que ce fût; et pourquoi, d'autre part, il pourrait être tacite. Si la conséquence à en tirer dût en être que, là où il y a déclaration adressée à partie, celle-ci, par sa nature même, ne pourrait jamais être tacite, il faudrait donc rejeter toutes les solutions dont on a vu l'importance (not. sur art. 143, n°s 61 et suiv.), et qui impliquent possibilité d'annulation tacite. Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait que la loi, là où elle parle de déclaration à partie, entendît cela, non seulement de déclarations personnelles, mais touchant personnellement celui qu'elles visent; et cette interpré-

tation est d'autant moins sûre que, loin de suivre la doctrine traditionnelle qui caractérisait ces sortes de déclarations par le côté passif, celui de la réception, puisqu'on les désignait sous le nom de déclarations exigeant réception (*Empfangsbedürftige Willenserklärungen*), le nouveau Code civil a tenu à les caractériser uniquement par leur côté actif, celui qui concerne l'auteur même de la déclaration, en tant que l'on semble bien se contenter de son fait à lui, et, par suite, du fait qu'il adresse la déclaration et qu'il est quitte, dès qu'il a pris toutes ses mesures pour qu'elle parvienne : or ce fait, on l'a déjà vu, peut être tacite.

7. A l'inverse, cette théorie consisterait à faire de la confirmation un pur acte de manifestation de volonté, non déclarée; et, par là, on semblerait dire que, pour produire un effet juridique, un acte volontaire n'aurait pas besoin d'être déclaré et qu'il suffirait qu'il fût manifesté. Le fait de surprendre une intention, dès qu'elle se fût traduite à l'extérieur, suffirait donc à la rendre irrévocable, alors que toute la théorie de la déclaration de volonté repose sur cette idée que toute volonté dirigée vers un effet de droit n'est une volonté juridique que dans la mesure où il apparaît qu'on a voulu la manifester comme volonté juridique, fût-ce sous forme tacite. Admettrait-on, par exemple, que, si l'ayant-droit télégraphie à un tiers, qui ne soit pas partie intéressée, qu'il tient l'acte pour valable, et dans des conditions telles que cette information ne puisse valoir comme déclaration tacite à l'égard de l'intéressé, il y eût là, parce que l'on se trouve en présence d'une manifestation extérieure de volonté absolument certaine, confirmation déjà acquise? Il y a manifestation, mais non déclaration, de volonté; tandis que le fait d'exécuter l'engagement, même à l'insu de l'intéressé, comme on l'a vu plus haut, bien que valant comme expression purement tacite de la volonté, est une déclaration de volonté. Seulement, c'est une déclaration qui ne s'adresse pas à l'intéressé; et il n'est pas douteux que le fait de cette direction, en vue de la prise de connaissance par l'intéressé, n'est pas la caractéristique de la déclaration de volonté, puisque, conformément à la distinction fondamentale du Code civil, il y a précisément des déclarations qui ne s'adressent à personne, et qui n'en sont pas moins des déclarations (cf. not. sur art. 130, n° 46).

8. Tout ce que l'on devrait admettre, c'est qu'en matière de confirmation, ce serait donc une déclaration de cette catégorie, à laquelle l'art. 144 eût voulu faire allusion, déclaration impersonnelle, en ce sens qu'elle est valable par elle-même, sans qu'il soit

nécessaire qu'elle s'adresse aux intéressés : ce serait l'équivalent de ce qu'est l'acceptation, par exemple, en matière d'hérédité. Et la conséquence de cette manière de voir serait donc que la confirmation serait définitivement réalisée par le seul fait de l'émission, expresse ou tacite, peu importe, de la déclaration qui la révèle (not. sur art. 130. n° 53; et sur tous ces points Pl. sur art. 144).

§ 2.

9. La question de forme réglée, se présente celle des effets; et ceux ci dérivent tous de la rétroactivité, laquelle s'étend, cette fois, aussi bien aux rapports réels qu'aux rapports personnels entre les parties; ce qui impliquerait que, d'une façon générale, la confirmation fût opposable aux tiers. On peut donc s'étonner que le nouveau Code allemand, si soucieux de sauvegarder le crédit, n'ait pas admis, en ce qui touche le droit des tiers, une réserve analogue à celle de l'art. 1338 C. civ. fr. Il peut se faire, en effet, que celui qui avait aliéné une chose par un acte annulable l'ait aliénée à nouveau, avant toute déclaration d'option adressée au premier acquéreur : n'est-ce pas manifester une volonté suffisante d'annuler? Malheureusement, tout au moins à ce point de vue, il n'en est pas de la déclaration d'annulation, comme de celle concernant la confirmation. Tandis que cette dernière existe irrévocablement, dès qu'elle s'est manifestée sous forme de déclaration, même impersonnelle et ne s'adressant à personne, l'autre n'a de valeur que si elle est adressée à celui, ou à ceux, qu'elle concerne directement, c'est-à-dire aux parties désignées par la loi; et, dans l'exemple qui vient d'être cité, un second acquéreur n'est pas l'une des parties désignées par la loi pour recevoir l'annulation. Sans doute, comme on l'a vu déjà sur l'art. 143, si l'on admet la forme tacite d'une déclaration de ce genre, il pourra se faire qu'une seconde aliénation, opérée au vu et su du premier acquéreur, puisse valoir déclaration d'annulation à son adresse.

10. Mais le plus souvent, au contraire, le vendeur aura fait l'opération à l'insu de l'intéressé direct, il garde donc le droit de confirmer; et, s'il confirme, la première aliénation est valable à sa date; théoriquement, la seconde est nulle. Sans doute, s'il s'agit d'immeuble et que le second acquéreur soit le premier à obtenir l'inscription aux registres fonciers, il sera protégé par le principe de légitimation de l'art. 892. Au cas d'acquisition de meubles, sa bonne foi le mettrait également à l'abri de toute revendication (art. 932). Mais, ce sont là des ressources partielles

et des protections dont la plupart — car, en dehors des deux hypothèses qui viennent d'être citées, on sait qu'il y en a d'autres analogues — exigent la preuve de la bonne foi; et cette preuve est à la charge de celui qui prétend garder le bénéfice de son acquisition. D'autre part, on peut supposer que le second acquéreur ait connu la première vente et précisément qu'il n'ait traité que parce qu'il la savait annulable et pouvait la croire annulée. Il a donc été trompé. Est-on sûr qu'il soit de bonne foi au sens des textes qui protègent son acquisition? Être de bonne foi, à ce point de vue, n'est-ce pas n'avoir aucune faute à se reprocher, au sujet de l'ignorance où l'on était du défaut de droit de son auteur? A tous ces points de vue, la protection de l'art. 1338 C. civ. fr. paraîtra bien supérieure, en ce qui concerne les exigences du crédit.

11. Il est vrai que l'explication doctrinale de l'art. 1338 C. civ. fr. vient de ce qu'en constituant un droit au profit d'un tiers, celui à qui appartient l'action en nullité s'engage, vis-à-vis de son ayant-cause, à ne pas confirmer l'acte, de telle sorte qu'à son égard la confirmation ne lui soit pas opposable. Rien de mieux, tant que l'exécution de cet engagement est requise de la part de qui est censé l'avoir pris, ou plutôt de celui qui se trouve personnellement obligé à ce que cet engagement soi tenu; mais, en quoi pourrait-on l'opposer à celui qui s'y trouve étranger, c'est-à-dire à la partie avec laquelle avait été passé l'acte annulable? Une première vente, pour parler comme en droit français, avait été passée, translative de propriété, mais annulable; une seconde vente a lieu, après quoi, le vendeur confirme la première. De quel droit le second acheteur va-t-il opposer à celui avec lequel la première vente avait été conclue un prétendu engagement auquel il est resté étranger? Il ne le pourrait que si le premier acquéreur avait connu la seconde vente et qu'il fût censé par là avoir participé à l'engagement que prenait le vendeur à l'égard du second acquéreur de ne pas confirmer la première acquisition. Mais, il vaudrait mieux dire, dans ce cas, que la seconde vente, du moment qu'elle a été connue du premier acheteur, vaut annulation tacite à son égard. Tout ce que l'on peut dire, par conséquent, en dehors des hypothèses exceptionnelles qui viennent d'être prévues, c'est que la confirmation devient un acte de disposition du droit d'autrui, puisque celui qui la réalise dispose d'un droit qu'il a concédé; or il n'y est plus autorisé. La confirmation qu'il consent ne peut plus régir que les rapports personnels des parties; elle n'opère plus sur la réalité du droit.

Elle n'a de rétroactivité qu'en matière personnelle; elle est l'équivalent de cette confirmation admise par le Code civil allemand en matière de contrats nuls. Celui qui confirme peut il donc ainsi restreindre les effets d'un acte dont il est maître, puisqu'il ne dépend que de sa volonté? Et, pourquoi pas? Qui peut le plus peut le moins. Il pourrait annuler; il confirme au point de vue seulement des rapports entre les parties. Où est l'obstacle? Or, ce qu'il pourrait faire de sa libre volonté, le droit français le lui impose; ou plutôt, cette confirmation aux effets purement personnels est la seule qu'il lui permette, parce que lui-même s'est interdit de disposer à nouveau des effets réels de la confirmation : il en a disposé par avance.

12. Si telle est la construction doctrinale qui seule puisse expliquer l'art. 1338 C. civ. fr., cette conception pourrait-elle, à défaut de texte, s'introduire dans l'interprétation du Code civil allemand? Cela dépendra de l'idée exacte que l'on se fera de la confirmation. Si l'on n'y voit que la volonté de tenir l'acte pour valable, il paraîtra assez difficile, à coup sûr, d'empêcher la partie à l'égard de laquelle l'acte va se trouver validé, d'en tirer, même vis-à-vis des tiers, tous les effets qu'il comporte. Si l'on y voit, en outre, un acte de disposition, par lequel on règle le sort d'un droit réel, pour le fixer sur la tête de l'une ou de l'autre des deux parties en conflit, peut-être sera-t-il difficile de ne pas considérer qu'en se liant irrévocablement envers l'une d'elles, alors qu'on ne l'était qu'éventuellement envers l'autre, on a fait son choix et que l'on s'est interdit de disposer, au profit de cette dernière, d'un droit dont on n'a plus la libre disposition. C'est à la doctrine qu'il appartiendra de résoudre la question. Et il pourrait bien se faire que l'on fût tenté de transporter à cette matière l'idée de cette *Dingliche Gebundenheit*, de cet engagement réel, ou, si l'on préfère, avec effets réels, que, à la suite de Windscheid (I § 89), on a cru devoir admettre en matière de condition. Le seul fait d'aliéner un droit sous condition produit, de la part de celui qui aliène, un engagement qui le lie déjà, pendant la période intérimaire, et qui entame son droit de disposition; il ne peut plus disposer du droit, précédemment aliéné, par un acte qui, à supposer la condition réalisée, viendrait anéantir l'effet de l'acte initial, passé sous condition. Ne serait-ce pas le cas d'admettre un engagement semblable, à la charge de celui qui a aliéné un droit dont il dépend de lui, par une déclaration d'annulation, de se dire propriétaire rétroactivement?

13. Il n'est pas douteux, en outre, que la solution proposée,

en tant qu'elle est conforme à celle de l'art. 1338, C. civ. fr., se trouve en harmonie avec le principe de l'art. 184 § 2, en matière de ratification; et, bien que les deux hypothèses soient quelque peu distinctes, n'est-on pas autorisé à transporter à l'une ce qui est établi pour l'autre? L'art. 184 suppose un acte de disposition du droit d'autrui, ou encore un acte émanant d'un incapable, ou enfin un acte fait par un représentant en dehors de ses pouvoirs; dans tous ces cas, l'acte vaut, s'il est ratifié par l'ayant-droit, et la ratification aura effet rétroactif. Cependant, en dépit de la rétroactivité, cette ratification ne pourra avoir pour conséquence de faire tomber les actes de disposition qui auraient été passés par celui qui ratifie. N'est-ce pas exactement ce qui se présente au cas d'annulabilité, lorsque celui qui avait droit à la nullité renonce à son droit et confirme l'acte? Cette confirmation ne saurait, en aucune façon, porter atteinte aux droits antérieurement conférés par lui. La question, ainsi résolue, ne paraît guère douteuse.

14. Seulement, s'il arrivait qu'on la tranchât dans ce dernier sens, peut-être la confirmation se trouverait-elle changer de nature, et, d'unilatérale qu'elle était, devenir contractuelle. Serait-il, en effet, possible d'admettre que celui qui confirme pût imposer à l'autre une confirmation dont les effets soient purement personnels? Et l'autre partie, si elle se trouve dépourvue du droit d'agir contre le tiers devenu propriétaire de la chose que la confirmation devait avoir pour effet de lui faire acquérir définitivement, n'est-elle pas autorisée à considérer que, quant à elle, cela équivaut à l'annulation? Cela reviendrait à dire qu'en s'interdisant de rendre la confirmation opposable aux tiers, celui à qui appartient le droit d'annulation s'est interdit, en même temps, d'imposer la confirmation à l'autre partie : il le peut en droit français, parce qu'il y a un texte. Comment le lui permettre en droit allemand, là où le texte fait défaut? Il faut donc, ou bien admettre que cette confirmation partielle, ne pouvant avoir lieu que du consentement de l'autre partie, elle se fait par voie contractuelle, à la façon de celle dont il est question à l'art. 141; ou bien que l'autre partie peut la refuser, pour s'en tenir à l'annulation, et, par suite, considérer le second acte d'aliénation, celui qui, par avance, la privait de ses droits, comme une déclaration d'annulation, qu'on ne peut lui imposer, faute de le lui avoir adressé, mais dont elle ait droit de se prévaloir. Tous ces points demanderont à être analysés et étudiés, au fur et à mesure que la pratique fera naître les occasions de poser, en quelque sorte, les problèmes de nature très complexe qui s'y rapportent.

TABLE DES ARTICLES DU CODE CIVIL ALLEMAND

ET DE LA LOI D'INTRODUCTION (*)

(*) Les chiffres marqués en caractères gras indiquent, pour les articles qui ont donné lieu à un commentaire, la page où commence le commentaire spécial de l'article.

L. INTR.

TABLE ANALYTIQUE (1)

(1) Les chiffres renvoient aux pages.

TABLE MÉTHODIQUE

PARIS. — DE SOYE ET FILS, IMPR., 18, R. DES FOSSÉS-S.-JACQUES





